SPECVLVM SINE MACVLA. Sap.cap.7.

4

Porta hæc clausa erit non aperietur, & vir non trãsibit per eam. Ezech.cap.44.



Ecce virgo concipiet, & pariet Filium. Isaiæ,cap.7.

Virginis æterno, genitus, Patre missus in album
Mensibus, incoluit viscera sancta, novem.
Æditus est Christus Cælesti, adstante, corona
Testis mortalis plurima turba fuit.
Sydera riserunt, riserunt compta Diana,
Cum terra, fluctus, aer, & ignis edax.
Quæ nunquam risere prius, risura nec vnquam
Riserunt Ditis, Tartara nigra, senis.
Ipseque risisses, Democritus, alter & esses,
Heraclite, fuit vis ea lætitiæ.
Et perfussa nova sic omnia luce fuerunt,
Esse par vt Cælo iam videretur Humus.

POR
LOS MENORES, NIETOS

del Capitan Pedro de Arriola, por cabeça de D. Gracia de Arriola su madre, y como cessionarios de doña Maria de Arriola su tia.

EN EL PLEYTO

Con don Sebastian de Arriola su tio, sobre la particion de los bienes del dicho Capitan, y de doña Mariana Enriquez su muger, vezinos de Malaga.

Impresso en Granada, Por Francisco Garcia de Velasco. Año de M. DC. XXXX.



ANNVM agens ego decimum octauum dum Tabes, dum dira lues, & sordida pestis, Heu! premeret sanctos insidiosa lares, nec parcit pueris, senibus, nec parcit anhelis (vt eleganter cecinit doctissimus Licentiatus non in nostra verùm, & apud exteras nationes insignis Historicus Frãciscus Cascales in epigrammate nobis misso, quo succẽset Parcæ, quod Malacenses immerenter verraret) sepe sepius memineram, iterum, atq; iterum mecum volutabam doctrinã Ouidij Nasonis Patrem, fratresq; defendẽdos docẽteis, lib. 1. de Arte amãdi, his verbis, cũ tibi sint fratres fratres vlciscere læsos, cumq; pater tibi sit iura tuere patris (qui his in libris Præceptor, non Poeta nominandus) fratres, quin & me à nostro Abunculo male afectos, patrem, ac dominum meum indefensum videbam, respiciebã, considerabam. Voluntas his defensandi appetitu alliciebatur, at implexione, ac varietate materiarum, difficultatum verticibus, nodorũ ambagibus, exiguitate ingenij detentabar præcipuè cum ea, quæ Hæsiodus ad viri integritatẽ desiderat à me abesse cognouissem ait ille. Optimus ille potest, qui ex se cognoscere cuncta, & nõ cuncta immo, nec aliquid scirem nisi me nihil scire, vt aiebat Phylosophus ille Socrates Alopecensis. Et cum omnem sapientiam à Domino Deo esse crederem quin, & apud ipsos Ethnicos inter ignorãtiæ suæ tenebras traditum reperijssem, vt pulcherrime in illo, Solonis responso æditur, nam cum adolescentes Ionij iactum retis à piscatoribus emissent, essetq; inter illos de tripode aureo cum piscibus educto exorta cõtentio, & non antea inter eos conuenisset, quam esset Delphos missum, responsumq; ab Apolline. De

tripode

tripode ex Phæbo queris Millesia pubes? Huic tripodem addico cuius sapiētia prima est, Soloni tribuere, qui Deum esse primum sapientia asserens illum Delphos misi. Sapiētia egens à Deo postulabam, & ne mea solicito titubaret lingua timore, diuinos tangere fontes, nectareiq; haustus adiungere pocula labris deprecabar, ab amicabili fœdere homines cōiungente Deo, reparatrice alma ruinæ sontis Adæ, Phalangis Cherubici Imperatrice à Virgine, inquam, Deigenitrice Maria splendidissima primi Parentis delicti exceptione, à Filio consequi poscebam. Propicio numine (licet non in priore nobilitate obiecti scientia versabar) Angelicum Solem, immo Sole lucidiore sanctissimum Thomam Aquinatem adesse desiderabam, quo diuino sydere, seù cœlesti Fabonio mihi arridenti, nec timeo, nec est cur expauescam, nec cur sæuientis Circi contrarios flatus exhorream. Ipse enim auxilium prebebit, largietur patrocinium, quibus nixus, fretus, confisus dubium, ac infirmū animum reparaui, nec iam argutiarum Myoparonem profligare perhorrescam.

PRELVDIO.

EN el discurso deste pleyto se han cōtrouertido muchos articulos, que dificultosamēte se pueden reduzir a informe, que no fuesse muy prolixo, y assi tocarè breuemēte los mas sustanciales, nam breuitas est amica modernis, l. 1 & ibi glos. & Bart. ff. quod metus caus. l. ampliorem. 39. C. de appellat. Ceuall. comm. contra comm. quæst. 780. nu. 288. y en el principio de cada vno pondrè el hecho sucintamente, no callando lo sustancial del, pues de su inteligencia depende el derecho, vulgata l. si ex plagijs. 52. aliàs 53. §. in cliuo, ad l. Aquil. l. venditor. 17. vers. Idem respondendum, de transact. l. quod si minor. 24. aliàs 25. §. Scæbola, de minor. Roland. cons. 36.

Breuitas amica modernis.

ARTI-

1 AViendose intentado este pleyto, pidio don Sebastian de Arriola se vendiessen los bienes muebles, y el Alcalde mayor los mandò vender en publica almoneda, y con citaciõ de los menores, y que lo que procediesse se pusiesse en el depositario general, nada de lo qual hizo: sino vẽdio en la parte donde le parecio, y presentò vn memorial de los bienes vendidos, y de sus precios. Pretendẽ los menores no auerse de estar a los precios q̃ dize, y los pujan dozientos ducados mas: y assimismo auerseles de admitir las pujas que hazen en la casa principal, que se apreciò en 4U100. ducados, la ponen en 5U800. y las dos acessorias, que estàn en 1U. las ponen en 1U400.

2 ¶ Aunque para deuerse admitir las pujas en los bienes muebles bastaua auerlos vendido por su autoridad sin la de la justicia, antes cõtrauiniendola en no hazer almoneda como se le mandô, ni poner lo procedido en el depositario general: se ha de aduertir, que los muebles, como son, vestidos, pieças de oro, y plata, y cosas semejãtes, no se deuẽ vender si no es en plaça publica a voz de pregonero, y mas siendo los interesados menores, tradit Escobar, de ratiocin. cap. 18. nu. 28. & 29. q̃ habla en los tutores, porq̃ las cosas valen tãto en quanto se pueden vẽder en publica almoneda, l. prætia rerum. 63. ad l. Falcid. l. mortis causa. 18. §. fin. de donat causa mort. Riccius, collect. 916. y los bienes que se venden auiendo otros interesados, publicamente se han de pregonar sin auer razon para dexarlo de hazer, vti ex l. ædicto fin. ibi: Nec *seruatam solemnitatem hastarum*, C si aduersus fiscum, l. ordo. 3. C. de except. rei iudic. l. 1. l. duplex ratio 2. C. de fide instrum. & iur. hast. fisc. lib 10. deducunt Doctores, porque en las ventas hechas en almoneda publica cessa toda presuncion de mala fe, l. si quis. 1. C. de præd. decur. sine decre. in alie. lib. 10. Bertazol. de clausul. claus. 10. glos. 2. n. 7. Menoch.

de

de arbitr.casu 171.num.27.& 28.& casu 129.n.3. & de recuper.possess.remed.15.n.147. Auendañ. in diction.verbo, *Almoneda*, Azeued.in l.19.n.26. tit.21.lib.4.recop.Cacheran.decis.109.n.3.

3 ¶ Compruevase de que la venta en almoneda no se puede hazer al fiado si todos los interesados no consienten, Gratian.discept.cap.326.nu.5. & tom 2.var.cap.321.n.4.& cap.326.nu.1.& 4. Farinac.decis.3.n.1.& 2.& decis.105.n.13. Giur. decis.53.n.1.7.& 8. Iacob. Damstruderius, de licitatione, & subhastatione, c.5.n.3. Ossasc.decis.109. n.10. Masverius, in pract.tit.de subhastatione, nu. 35. Aiora, de partitio.p.1.c.3.n.29.text.in l. à Diuo Pio.15.§.sed si emptor, de re iudicata. Pues con quanta menor razõ se podran rematar y vender sin almoneda, no solo no cõsintiẽdolo, sino cõtradiziẽdolo tantas vezes los interesados, y auiendo mandado el Iuez hazer almoneda publica, y quãdo del pleyto no cõstàra auer faltado estas solemnidades, sino que huuiera duda en ellas no se auian de presumir: que almoneda con sus requisitos no se presume si vna de las partes niega auerla auido, Afflict. decis.345.nu.5.Alex.consl.9.nu.3. Menoch.consl. 589.num.8.

4 ¶ Tambien es justificado deuerse admitir las pujas en las casas, que ademas que los aprecios fueron hechos por artilleros, gente sugeta a la jurisdicion de don Sebastian sin hallarse la parte de los menores presente a verlos hazer, ni a verlos jurar, auiendose nombrado de oficio: quando huuiessen sido muy justificados no ay razon que prohiba el poder reclamar contra ellos, docent communiter scribentes, in l.1. C. de ponderat. & auri illat. lib.10. siendo tan notorio el engaño que huuo, y está prouado con muchos testigos probança que se admite en el justo precio y valor de vna cosa, glos. in §.fin.Inst.de verb.oblig. verbo, Probare, Pinel. in l.2.3.p.c.fin.n.8.C.de rescind.vendit. Mascard. de probat.concl.657.à n.1.& concl.1403.n.1.Lup. in l.2.§.5.num.120.vers.Tertio fit probatio, C.de

pact,

pact.inter empt.& vendit. y no pudiendose negar que los reditos son de mayor cãtidad respeto de los aprecios, y aun de las pujas, se deuen admitir, pues de lo cõtrario no quedàran las casas en su justo valor, y este en las cosas immuebles ò rayzes se ha de considerar por los reditos, de suerte q̃ los de veinte años equiualgan el principal, auth. de nõ alien. aut permut. rebus Eccles. §. si verò alicuius Ecclesiastici, tit. 1. collat. 2. glos. verb. Iusta, in auth. perpetua, C. de sacros. Eccles. Bald. lib. 2. cons. 323. in fin. Roman. cons. 284. n. fin. Ias. in l. si fundũ, per fideicom. n. 5. vers. Ité adde, de leg. 1. Castrẽs. lib. 1. cõs. 289. Rip. resp. 1. nu. 6. de oblig. vol. 2. Cœpol. de simil. contract. 3. casu, præsumpt 3. Tiraquel. de retract. lignag. §. 1. gl. 7. n. 19. Afflict. decis. 234. num. fin. Ioseph. Ludou. decis. Perusina. 65. n. 13. vbi plures latè Mascard. de probat. 2. tom. concl. 651. n. 1. & 3. Menoch. cons. 343. n. 24. & cons. 358. n. 20.

5 ¶ Y lo que se dize, que en los edificios no se ha de regular el valor por los alquileres, y reditos, Gratian. discept. cap. 60. à n. 3. Farin. lib. 2. decis. crim. & consil. decis. 357. n 3. Surd. cons. 151. n. 70. Alex. Ludou. decis. 553. nu. 7. se ha de enteuder en nuestro fauor, porque ordinariamẽte las casas valen mas de a como ganan, y seria agrauio regularlas por los alquileres quando su obra era tan costosa, que excedia el respeto de los reditos, no quãdo ellos son proporcionables al valor principal, ita Fõtanel. de pact. nupt. claus. 4. gl. 18. 1. p. n. 54. mirando a que la estimacion en obras muy suntuosas no solo se atienda a los reditos, q̃ suelen ser cortos, sino tambien a la bondad, primor, y costa de ellas, Mantic. de tacit. conuent. lib. 4. tit. 20. n. 14.

6 ¶ Y es sin fundamento pretender no auerse de admitir en las casas principales, por dezir estan señaladas para su mejora, queriendo por este camino lleuarlas casi de valde; porque como elegantemente dize el señor don Melchor de Valencia, tractatu 1. de legatis, cap. 1. n. 28. quando la mejora se le señala al hijo en vna possession, y cosa cierta, no

se

se ha de entender mejorado en la cosa señalada absolutamente, sino con aditamento que sea del tercio y quinto, que lo que se dà no es aquella especie cierta, sino el tercio y quinto de los bienes que se puede alli señalar, segun la ley 19 de Toro, y el señalar vna cosa no le haze mudar sustancia, o naturaleza; por señalarse solo, como denotãdo la obligacion a la paga de la mejora; l. quidam testamento. 69. de legatis 1. l. Paula Callinico. 27. §. vlt. de legatis 3. l. Lutius Titius. 12. de alim. & ciu. legatis, y el señor dõ Martin Nieto in manuscript. tractatu de præleg. cap. 2. num. 22. in fine, tratando de aquellas palabras de la ley 21. de Toro: *Aora la dicha mejora sea en cosa cierta*, concluye con Molina, lib. 1. de Hisp. primog. cap. 10. n. 14. auerse de entẽder de mejora, a cuya paga el que mejoraua señalò cosa cierta, y assi q̃ si vale mas lo señalado que la mejora, deue boluer el excesso, y si vale menos se deue suplir el tercio y quinto por los herederos. Muy a nuestro proposito Anton. Gomez, ad l. 17. Tauri, n. 14. ad med. ibi: *Item etiam infero, quod si res assignata pro melioratione tertij æquiualet plus quam tertium, & sit longe maioris valoris quam tertium nõ debet filius melioratus habere totam rem pro melioratione.* Y ya que tratamos pleyto de particiones, oygamos a Aiora en la 1. p. cap. 3. n. 16. ibi: *Respondio, que en esto puede auer grãde daño, o prouecho de las partes en muchos casos, en esta manera: pongamos que el padre ó la madre mejoraren a vno de sus hijos en el tercio y quinto de sus bienes, y se los señalaron en vna pieça, o heredamiẽto, que valia mucho mas: este mejorado pretende, que se aprecie en poco, porque quepa en el tercio y quinto; los otros hermanos pretenden, que se aprecie en mas de lo que vale, o en lo justo, porque no lo pueda lleuar todo por mejora, &c.* Et infrà: *Y assi digo, que contra el agrauio y fraude que puede auer en los dichos aprecios, puede el dicho heredero vsar de dos remedios; el vno es, que si la tassaciõ se hiziere en menos de lo que valen los bienes, bien puede ponellos, y pujallos en todo lo q̃ valen, y esto no lo pueden contradezir los coherederos, porq̃ es prouecho de todos, y de la haziẽda,*

y bienes

y bienes comunes, y si fuere pobre echarà algũ ponedor estraño, vt probat textus ex quo sumitur practica in l. ad officiũ, vbi DD. C. com. diuid. Anton. Faber de error. pract. decad. 2. err. 8. ibi: *Sicut è contrario si pluris vẽdi possint, quam fuerunt æstimatæ, non est audiendus hæres, qui offert conuentam æstimationem, vt hypothecæ cõmodum sibi retineat.*

7 ¶ Y por parecerme que el fundamento del contrario està en la lei 20. de Toro, en que se dispone, que los herederos no puedan pagar en dinero los bienes señalados por el padre en la mejora del tercio y quinto, y que las casas principales fueron señaladas, y por el camino de las pujas no se le han de quitar. Satisfago, que la ley d ze, que quando los bienes en que se señala la mejora, cabiendo en ellos se aya de hazer como de contrario se pretende: pero si no tienen comoda diuision, y exceden a ella, se deue dar al mejorado la estimacion por los herederos, y conforme a esta segunda parte de la ley tiene lugar nuestra pretẽsion, porque las casas principales en su justa estimacion, que es en lo que se han pujado, exceden el valor del tercio y remaniente de quinto, y no se pueden diuidir; en cuyo caso entra la facultad de los herederos, y la limitacion que haze la misma ley. y lo tienen assi Tello Fernandez en esta lei 20. n. 14. in fin. & Arias, n 6. Ant. Gomez, n. r. Motienç. in l. 3. tit 6 glos. 1. num. 2. lib. 5. recop. que es la l. 19. de Toro, donde se determina, que los bienes señalados se han de pagar en especie, quando no exceden el valor del tercio, en cuyos terminos Angulo in l. 4. glos. 2. in fin. dize con Baldo, que esto se ha de hazer por licitacion, almoneda, y pujas, his verbis: *Ita vt habens minorem partem possit augere pretium suæ partis, quousque habens maiorem nollit eam.*

8 ¶ La segunda limitacion de la lei 19. y 20. de Toro, es quando la cosa que se señaló para la mejora no es la mas preciosa y principal de los bienes del difunto, de donde adjudicarla al mejo

C rado

rado ſe haze fraude y daño a la legitima de los de mas hijos, ex doctrina Iaſonis deducit Matienç. in d.l.3.gloſ.1.tit.6.num.1.& 6. lib.5.recop. ſequutus fuit Couarr.in c.Rainaldus,§.2.n. 5.in fine de teſtamentis: y no ſe puede negar, que eſtas caſas ſon los mejores bienes.

9 ¶ Tercera limitacion de la pretenſion de don Sebaſtian es la ley dicha 19.de Toro, dõde ſe da facultad al padre para que ſeñale la mejora, y dize, que ſea en la parte de ſu hazienda, y eſtas caſas ſon la mitad compradas, y agregadas durante el matrimonio, en que tuuo parte la muger y ſus hijos ella muerta; confieſſalo y prueualo don Sebaſtian, y ajuſta lo que a eſte propoſito dize Tello Fernandez en terminos en la dicha ley 19.num.2. y aunque diſuelto el matrimonio eſtaua la adminiſtracion delo multiplicado en el Capitan Pedro de Arriola, y a ſe ſabe, que eſta ſirue ſolamente para contratos oneroſos, y no para donaciones: como enſeña Suarez in l.1.tit.13.de las ganancias, lib.3.fori, verſ. Vlterius quæro, Segura in tract.de bon.lucrat.conſt.matrim.n.151. Palacios Rubios in rubr. de donat.inter.nu.19. cum alijs. Y en los contratos y cauſas lucratiuas nadie ſe preſume dar mas de lo que es ſuyo, y ſiẽdolo la mejora, no ſe puede entender auerla ſeñalado el padre en las caſas mas que en ſu parte, Iacob.Cancer.variar.reſol.1.p.cap.8. de donat. n.73.no juzgando que nadie da mas de lo que tiene, Bald.in rubr.col.2.q.6. C.de contrah. empt. Anton.Gomez tom.2.variar.cap.2.nu.4. & 25. verſ.Aduertendum tamen.

ARTICVLO II.

10 ¶ Pretendeſe por los menores auerſe de ſequeſtrar los bienes, y ponerſe en tercero miẽtras ſe determina eſte pleyto en todas inſtancias y ſe adjudica a cada vno la parte q̃ dellos le perteneciere.

Conoz-

11 ¶ Conozco que los Iuezes no deuẽ inconsideradamente mandar sequestrar, antes han de mirar las causas y razones que a ello mueuen para ponerlo por obra, vt docuit Paz de tenut. p.1.cap.10.n.2.& 3. Este reparo suplico se tenga en ver quantas ay, para no escusarlo en el negocio presente, no siẽdo la men r, hallarnos en los terminos de la ley æquissimum 17. de vsufr. constando del pleyto la pendencia en razon del inuentario, y las que se deuen temer en gente noble, y de la calidad conocida de don Iuan Delgadillo, viendose cada dia prouocado, con que el sequestro seria segurissimo, vt ex l fin.§.fin.C.quibus ad libertatem procl.non licet. & ex octo authoribus, quos refert docet Iacobus Sahagun ad rub.de seq.poss.in decret, num.6. Ant, Gomez in l.45.Taur.num.198.Parlad.2, quotid.c.5.n.fin. D.Ant.Pich.inst.lib.3.tit.15.§.præterea, nu.20. & ex l.si vsusfruct.§.sed si inter duos de vsufruct. l.si quis cautiones fam.hærcisc. Dixo Iuan de Hebia Volaños in Curia Philip.2.p.del juicio execut.§.27.n.fin. *Que si los herederos en la possession pro indiuiso no se conformaren, o de ella resultaren rencillas, o pesadumbres, para euitarlo el Iuez, mande, y haga que la herencia, y bienes della se pongan en sequestro y deposito hasta que se haga la diuision y particion de ella y de ellos.* Paz vbi supra num.15. Didac.Perez in l.1. ibi: *Verbi gratia primo casu vt si Præses videt, &c.* & vers.quæro 13.tit.10.lib.3.ordinam. y seria el remedio vniuersal de concluyr este pleyto, que como la otra parte detenta los bienes, no quiere llegue el dia de la quenta, mostrandolo por las dilaciones q̃ procura, cuyo remedio deuen mirar los señores Iuezes siendo muy larga su jurisdicion, muy grãde su mando, y muy lato su oficio, l. 1. de iurisd. omn.iudic.

Bona hæreditaria sequestranda? ... [illegible marginal note]

12 ¶ Ni en contra importa intentar don Sebastian hazerse reo, y consiguientemente dezir no se le ha de inquietar de su possessiõ sequestrando los bienes, iuxta Paris.cons.41.lib.1.nu.

31.Bald.lib.1.conf.3.num.1.&in l.quidam exiſtimauerint,num 6.verſ.2.ſi certum petatur, Gomez in l.45.Tauri,num.197.Matienç.in l.9.tit. 7 gloſ.1.num.2.lib.5.recop. Couarr.pract.c.17. num.1. Porque ſi ſe haze reo,ſegun que ſignifica culpado,le confeſſamos ſerlo,y auerlo ſido, mas ſi ſimularſe reo quiere dezir poſſeedor, y demandado,que ſe opone a actor,negamos ſerlo: y aunque es verdad que tiene los bienes no los poſſee, ſino los detenta apropiandoſelos, como ſi priuatiuamente fueran ſuyos, cõque deſpoja a los menores de ſu parte,no auiẽdo mas razon paraq̃ los tenga vn coheredero que otro, ſiendo todos actores y reos en el juyzio de particion,que es mixto y doble,§.quædam actiones,inſt.de action.l.actionis verbo,§. fin de act.& oblig.l.2.verſ.In familiæ,ff.familiæ hærciſc.Paz in praxi tom.3. c.1. §.5 num.2.Y conſtando auer tomado los menores la poſſeſsion pro indiuiſo judicialmente, por eſcuſar peſadumbres que ſe pueden originar, ſe ha de mandar ſequeſtrar, Iacob. Aretin.in tract. de ſequeſt.num.7.Plotus in l.ſi quando, n. 107. C.vnde vi.Menoch.de recuper. poſſeſ.rem.1.n. 319.Lancelot.de attent.declar.4.num.37.&38. paincipalmente no auiendo ſido poſſeedor pacifico,ni teniendo mas que ellos,ſino detentar los bienes,conque no deue gozar de la comodidad y vtilidad que traae conſigo la poſſeſsion, l.1.§.apud Iulianum, ff. de poſit.l. ſi quis liberum de probat.l.vis eius, C.eod.cap. cum contingat de reſcript.

13 ¶ Ni ſe puede rehuſar conſtãdo ſer deudor a los menores de gran cantidad,y ſer don Sebaſtian perſona dificil de conuenir pos razõ del oficio tan preeminẽte que tiene,a que no les queda reſguardo,pues cada año deue mas reditos en vn juyzio de particion que va eternizando con las largas q̃ ſolicita: ni ſe puede negar diſipa los bienes,pues conſume ſus frutos, bien ſea en ſus neceſsidades, biẽ en las agenas, y es baſtante razon

zon

zon para induzir de populacion, Angel. in l. Imperator, §. idem, de appellat. Archidiac. in cap. quia res. 11. q. 1. Bald. in cap. ab eo, de sequestr. posses. y auiendola para mandar sequestrar, cap. dilectus, de sequestr. poss. l. 1. tit. 9. p 3. Carroc. de seq. 2 p. q 2. n. 4. o por lo menos para que los reditos no paren en su poder, si no se pongan en el depositario general, l. Imperatores, §. vlt. de appell. Paul. 5 sent. c. pen. cap. fin. de sequestr poss.

14 ¶ Y siendo los menores acreedores por su madre, y por doña Maria de Arriola su tia, assi en lo q̃ le tocare de legitima, como de mejora, se colige auerse de hazer sequestro para que con los reditos se vaya acudiendo a todos mientras durare el pleyto, no siendo bien que con los mismos que proceden de las partes de hazienda de los menores les dè guerra don Sebastian, y ellos por su falta dexen de hazer las diligencias que cuydàran teniendolos, y mas quãdo con dilaciones procura impossibilitarlos, hæc doctrina est Cœphal. lib. 1. consil. 127. num. 10. Surd. de aliment. tit. 1. num. 2. Mieres, de maiorat. 3. part q 7. num. 57 Lancellot. de attent. 2 p. cap. 12. n. 34. & 35. Couarr. pract. cap. 6 n. 5. vers. Ego vero Ni hara en su fauor dezir, que quando sea deudor deue primero ser conuencido, y despues obligarle a pagar, y apremiarle, iuxta l. vn. C. de prohi. sequestr. pecu. l. fin. C. de iure fisci, cap. fin. 20. q. vlt. cap. non ne. 8. q. 3. y no auerse de hazer antes sequestro por tener esto lugar, quãdo la deuda, o obligaciones de aquellas que si no se prueuã no se presumen por derecho, como si se le pidiesse por algun cõtrato, Didac Perez, vbi supra, y oy cõ la parte contraria no se ha contraido, sino solo se pretende restituya tan gran parte como los menores tienen en esta hazienda que ha vsurpado.

15 ¶ Bastãtes causas son las referidas para mouer a los señores juezes, pues està en su arbitrio la resoluciõ de esta materia, Mieres, de maiorat p. 3. q 7. n. 36. vsq; in finem quæst. Molina, lib. 3. de primog. cap. 13. nu. 70. multis relatis Sahagun, in cap.

dilectus.2.n.33.in fine,de sequestr.poss.a que no se opone cosa de contrario, y seria esta sequestracion el remedio final para acabar tantos pleytos, pues concurren tantas razones de las que trae Alexand. Trentacinq.var.resol.lib.3.tit.de solut.resolu.12.

ARTICVLO III.

16 ¶ Porque muchas pretensiones estriuan en si durò, ò se cõtinuò la compañia entre el Capitan Pedro de Arriola y sus hijos desde la muerte de doña Mariana Enriquez su muger, avrè de examinar si se acabò, ò no disuelto el matrimonio.

17 ¶ Y para proceder con claridad, solo noto, que entre marido y muger se han de considerar dos compañias, vna de la vida, q̃ es respeto de las mismas personas: otra, de los bienes, respeto de la hazienda; porque son compañeros diuinæ, & humanæ domus, vt ait Hermosilla, in add. gloss.3. & 4. l.9.n.52.tit.2.p.5. y se dexa entender de q̃ no solo ay compañia entre los casados verdaderos, sino tambien entre los putatiuos, Barbosa multos referens, in collect.ad cap.2.de donat.inter.n.9 siendo assi q̃ no se contruxo matrimonio stãte inter coniuges canonico impedimento, vt in d. c.2. adnotarũt Præpositus, & Butrius, n.1. Vicentius Salviolus, in Rub.n 67. ff.solut. matri. con que no podian tener la de la vida, luego avrà de ser de los bienes, y multiplicados, y consiguientemente en los casados cõsideraremos las dos compañias que he dicho.

18 ¶ Supuesto lo qual afirmamos, que disuelto el matrimonio por muerte de la muger se acaba la compañia de la vida, y si en los bienes quedare el marido sin diuidirlos, o hazer inuentario dellos durará, y se continuarà la de la hazienda entre el padre y sus hijos; y los multiplicados que huuiere despues de disuelto el matrimonio se diuidirá por mitad como si huuieran sido en vida de la muger

19 ¶ Esto se prueua de la ley 9.tit.3.lib.5.fori generosor.y de la ley 6.tit.4.de las labores, lib 3. fori

feri leg. y lo defienden viribus, & posse Alphonsus Azeued. in l. 2. tit 9 lib. 5. Recopi. num. 14. ibi: *Quod si superstes coniux adhuc remanet cum omnibus bonis durat societas.* Et num. 15. *Quid tamen, ait si soluto matrimonio per mortem vxoris maritus superstes adhuc retinet omnia bona in communi, & lucratur hinc, inde multa; an postea petita diuisione per filios emancipatos dabitur, & parti vxoris, & suorũ hæredum medietas lucrorum dissoluto matrimonio acquisitorum, & dicendum est, quod sic, &c.* Didacus del Castillo, in l. 16. Tauri, n. 51. ibi: *Si mortua vxore bona sua remanerunt in communi cum bonis mariti in diuisio e veniunt ea quæ maritus fuit superlucratus cum dictis bonis cõmunibus soluto matrimonio,* Ioannes Garcia Gallecus, post tractatum de expensis, cap. de coniugali acquestu, n. 55. ibi: *Tùm etiam, quia soluto matrimonio per mortẽ vxoris rebus vxoris, & viri in eodem statu manentibus societas durat* Et n. 166 & 168. & 169. Gutierr. de iur. confir. 1. p. cap. 48 n. 4. ibi *Ex supra dictis infertur, tacitè esse inter coniuges, vt altero eorum mortuo videatur contracta societas, & duret remanentibus, & perseuerantibus bonis simul non diuisis inter superstitem, & defuncti heredes, nam tunc lucra, & damna, quæ ex tali negotiatione prouenirent essent inter eos diuidẽda,* Gomez de Leon, en su informat. centuria, facto 5 n. 9. ibi: *Cum igitur ex bonis communibus vtriusque coniugis dictæ possessiones emptæ fuerint certum est cum hæredibus ipsius vxoris communicari debere.* Et n. 10 ibi: *Societas omnium bonorum, quæ inter coniuges introducitur legum ministerio, præsumitur durare, & continuari etiam ea mortua inter virum, & filios communes vtriusq́ dum inter eos non fit separatio, & diuisio bonorum.* Aivar. Valasc. consult. 63. n. 11. ibi: *Ex hoc infertur, quod si soluto matrimonio alter ex coniugibus remaneat in bonis communibus, lucra ex his quæsita debent diuidi inter eum, & heredes defuncti.* Et consult. 165. n. 3. ibi: *Bona quæsita soluto matrimonio ex bonis communibus debẽt diuidi inter superstitem coniugem, & hæredes alterius præmortui, tanquàm si matrimonio constante acquisita forent.* Eruditus Gregor. Lop. in l. 10. verbo, *La muerte,* glos. 1.

limit,

limit.3.tit.10.p.5.Frãciſcus de Eſcobar, de ratiocinijs, cap.6 nu.63.64. & 65. Palac. Rub. in l. 16. Tauri, num.20.& 21. Ioan. Lup. in Rub. de donat. inter. §.62. à nu. 25. Caſane. in conſuet. Burgund. Rub. 4.§ 2. in prin. & n.5. in fine.

20 ¶ Ni Matienço en la ley 2. gloſ.1. tit. 9. lib. 5. Recop. lleua lo contrario, ſolo niega ſer abſolutamente verdadero, que la compañia dure diſuelto el matrimonio ſiempre, y en todos caſos, no en la forma que digo: y quãdo ſer aſsi no ſe manifeſtaſſe de ſus eſcritos, el lo aduirtio en el n. 40. dõde al fin dize: *Ex ſuperius traditis colliges quid ſit ſtatuendum in ſpecie noſtræ ampliationis, n 9. traditæ:* y aſsi lo reparò Azeued. vbi ſup n. 15. ibi: *Iſtam quæſtionem nouiſsimè latè tetigit Matienço, hic gloſ. 1. n. 9. cum pluribus ſequẽtibus, & n. 13. inquit, videri contrariam ſententiam iure probari, & tandem num. 17. vſq; ad 26. diſtinctione caſuum deſcidit iſtam quæſtionem, & feré in omnibus concludit caſibus ſocietatem hanc, & bonorum communionẽ durare.*

21 ¶ Y ſe han de conſiderar las razones que perſuaden auerſe continuado, como fue quedar Pedro de Arriola en la hazienda de ſus hijos, que les pertenecio por muerte de ſu madre, ſin diuidirla, ni diſcernirla de ſus bienes, viuiendo todos en vna caſa, ſiendo todo vno ſin diſtinciõ, no teniendo cuẽtas de lo que gaſtaua o adquiria, fundamentos baſtantes para induzir la continuacion, vt tenẽt pluſquam viginti Authores grauiſsimi relati à Matiẽç. vbi ſup. n.26. los quales aun no hablã en terminos tan apretados como los nueſtros, ſino entre hermanos, o tios, y ſobrinos, q̃ poſſeian las herencias pro indiuiſo; que entre padre y hijos procede ſin duda, vt agnouit Matienç vbi ſup. nu.27. y por todo el n. 28 defiende, que concurriendo eſtas calidades ſe preſumirà continuacion de compañia aun entre el marido, y los herederos eſtraños de la muger, en cuya comprouacion refiere muchos. Y no es menor preſuncion ſu paciencia en la continuacion, argu. l. quæritur, §. qui impleto, ff. locati, l. in rebus, §. vlt.

vlt. de præcario, l. legem, C. eod. l. 20. tit. 8. p. 5.

22 ¶ Y si Pedro de Arriola tuuiesse compañia cõ vno, y muerto sus hijos dexassen las cosas en el mismo estado, fuera visto continuarla, argu. l. si quis mancipijs, §. si impubes. l. in eum, §. si dominus, l. cuicumq; , § fin. l. sed etsi pupillus, in princ. ff. de instito. pues con quanta mas razon se dirá en nuestro caso, en el qual quando faltassen textos y doctrinas era conforme a equidad e igualdad diuidir los multiplicados, pues los hijos pusierõ en la compañia la hazienda de su difunta madre, argumentumq; à ratione in iure nostro validum, cap. ratio nulla, de præbend, & dignit.

23 ¶ Receptui dictis canerem, & manũ ferulæ supponerem, sed augmentis in contrarium à Matienço adductis satisfacere libet, ac lubet, ei primeto trae dicto loci, num. 13. pretendiendo que esta compañia es contra el derecho comun, y assi no se ha de estender a mas casos que en los que habla la ley, arg. l. præcipimus, in fine, C. de appell. no dize qual ley, será la 2. tit. 9. lib. 5 Recop.

24 ¶ La solucion depende de la resolucion de la question, si por derecho comun auia o no tal cõpañia; y aunque inter coniuges non solũ ñ est societas cohabitationis, sed etiam in bonis quærendis, vt docuit gl. 1. in fine, in cap. cum societas, 27. q. 2. & gl. 1. in cap. 2. de donat. inter: quas ad hoc commendat Rubeus, in repet. Rubricæ, de donat. inter. §. 61. & 62. in princ. Montaluus, in l. 1. tit. 3. lib. 3. fori, gl. 1. Boer. in consuet. Bituricẽsibus, tit. des cõstumes consemens lex mariages, §. 2. in princ. Gregor, lib. 45. syntagmat. cap. 14. n. 18. & nemine relato Spino, in speculo, gl. 18. n. 105. quibus adiungenda est, lex Romuli, qua voluit: *Mulierem nuptã, quæ per sacras leges viro esset coniuncta pecuniarum, omnium sacrorumq́ esse sociam*; teste Alicarnaseo, lib. 2. antiquit. Roman. eamque legem, refert Balduinus, ad leges Romuli, lege 13. Prateius, lib. 3, veteris Iurisprudent. Brison. de rit. nupt. fol. 17. & hanc cõmunionem mire laudat Plutarcus, in præceptis

E connub.

connub.cap.20. Adhuc cũ videam, que los bienes adquiridos constante matrimonio no se comunican, ex l.1.l.multum interst, C.si quis alteri, vel sibi, tengo por cierta la doctrina de Barbosa, in collect.ad cap 2.de donat. inter. ex n. 3.vsq; ad 7. que enseña no auerla por derecho comun, assi canonico como ciuil, como no lo entendamos absolutamẽte, sed cum adito quo ad bona, Ioan. Lup. in Rubrica de donat.inter. §.62.n.4 & 5. Casan. in consuet. Burgũd. Rub.4.§,2.n.4.& 16. Pirrhus, in cõsuet. Aurelianen. tit.de societate inter virũ, & vxorem, cap.1. Connan.lib.8.comm.cap.4.nu.2. Diremos pues al argumento, que esta compañia no es contra el derecho comun, sino fuera del, aliud enim est quid aduersus ius esse cõmune, aliud esse præter illud, y entonces la auia quando expressamente la contraian, l. cum hic status. 32.§. si inter virum 24. de donat.inter.l.alimenta.16.§ qui societatem. 3. de alim.legat. y el derecho de España solo hizo induzir la tacita; aunque expressamente no se contrayga, si bien Hugo Donel. 13. comm. cap.21 à vers.de rerum cõmunicatione inter coniuges, quiso que esta tacita huuiesse por derecho ciuil, mientras expressamente no auia muestras de lo contrario.

25 ¶ El segundo argumento es del mismo n. 13. diziendo auer induzido el derecho Hispano esta tacita compañia, y comunicacion de multiplicados, por la indiuiduydad, y comunicacion de la vida, conforme al derecho diuino y natural, y por conseruacion del amor entre los casados, y cessando estas razones disuelto el matrimonio ha de acabarse, ex l.adigere, § quamuis, de iure patronat.c. cum cessante, de appellat. a que se ha de responder, que las razones propuestas son buenas para induzir la compañia de la vida, no la de los bienes, y la vital huuo por derecho ciuil Donel.13.comm.cap. 18 & cap.21. per totum, con que esta no se pudo introduzir por el de España: lo que se induxo fue, como he dicho, que la de los bienes que por el ciuil auia

auia si expressamente se contraia la huuiesse tacita, y a esta no haze la indiuiduydad de la vida, para la qual si fuera bastante se presumiera tambien tacita por el ciuil, pues en el hallamos, que *nuptiæ, siue matrimonium est viri, & mulieris coniunctio indiuiduam vitæ consuetudinem continens*, §.1, Inst. de nupt. l. 1. de ritu nupt. l. 1. rerum amotarum, l. aduersus, C. de crim. expilat. hæred. cap. cum societas. 27. q. 2. c. 2. de sponsal. c. debitum, de vigamis, Donel. vbi sup. cap. 18.

26 ¶ El tercero trae en el n. 14. argumentando, de que si quando vn hermano en su propio nõbre negocia con dinero de su hermano adquiere pa si, y no para el otro, correrà lo mismo acà; nam respondeo, que entre estos hermanos nunca huuo cõpañia, como lo confiessa el mismo Matienço, infra, n. 31. ni la segunda razon de este arguméto importa, de que todas las vezes que vno puede hazer vn acto en su nombre, o en el de la compañia, se presume hazerlo para si, porque la misma corre constante el matrimonio, donde si a esto se dà lugar cada vno negociara para si mientras no se prouasse lo contrario, y se siguiria vn absurdo contra lo dispuesto por las leyes, que mandan diuidir los multiplicados, y el acto que se empieça en nõbre ageno se entiende en el mismo continuado, Bart. in l. si stipulatus, §. Chrysogonus, de verb. obli. ibi: *Actus præsumitur continuatus nomine alieno iam cœpto, & non nomine proprio*, tradit Hieronym. Gonçalez, reg. 8. in annotationibus, n. 39. in fine, nam axioma, quod actus gestus nomine proprio in dubio censetur gestus, se ha de entender alijs coniecturis cessantibus, vt affirmat Matien. vbi sup. n. 38. ad medium.

27 ¶ La quarta consideracion contra nosotros està en el nu. 15. reparando en que la compañia se acaba con la muerte, y procediendo esto en la expressa, con mayor razõ correrà en la tacita. A que se ha de dezir, que quando en subtilidad parezca q̃ la compañia se acabò con la muerte, no se puede negar se renouò con los hijos herederos de su madre

dre por auerla continuado, consintiendo en ella el padre tacitamẽte sin dar muestras de lo cõtrario, l. planè. 37. l. si Titius. 62. pro socio, Octauia. Tyber. Detian. Mascard. Menoch. Ioann. Garcia, relati à Doctore Anto. Pichar. in Instit. tit. de societate, §. soluitur adhùc societas, n. 9. con que en efeto, y en lo que importa ad rem viene a ser lo mismo.

28 ¶ Ni en contrario haze la palabra de *consuno*, que pone la ley, auiendose de entender con Cast. l o, vbi supra, vbi ait. *Nam istud verbum de consuno, refertu ad verbum comprarem, quod verbum est generale, & p test referri ad tempus ante cohabitationẽ, item ad tempus quo simul habitant, item ad tempus quo matrimonium est iunctum.*

ARTICVLO IIII.

I. PARTE.

29 ¶ Doña Mariana Enriquez, muger legitima del Capitan Pedro de Arriola hizo mejora de tercio y quinto de sus bienes en D. Maria de Arriola, en que le sostituye a doña Gracia de Arriola, y a sus hijos, y murio dexando otros; el Capitã Pedro de Arriola tratò de casar, y casò a la dicha D. Maria con el Capitan don Gonçalo de Mondragon, y le dio 6U. ducados en ciertos bienes, y en la escritura dotal dize, q̃ los recibe en pago de la legitima, q̃ a la susodicha le toca por fin y muerte de doña Mariana Enriquez, y como su heredera, y lo q̃ sobrare para en cuenta de la legitima, que del dicho Pedro de Arriola le puede tocar en fin de los dias de su vida. El Capitan Pedro de Arriola hizo otra mejora de tercio y quinto de sus bienes en don Sebastian de Arriola su hijo, y mãda que se regule de los bienes que quedaren al tiempo de su muerte, que es lo que dispuso la ley de Toro. Y porque este prelegado del padre tendrà diminucion si de sus bienes se huuiesse suplido a los 6U. ducados de la dote sobre lo que solamente le pertenecia de la legitima de su madre,

madre, pretende que en las palabras de aquella escritura se comprehendio la paga del tercio de mejora, que deuia pagarle el padre como administrador y vsufructuario que auia sido de la hazienda de la madre. Dudòse, pues, si en dichas palabras, *de legitima, y como su heredera*, estè comprehendido, y pagado el tercio.

30 ¶ En las palabras de la escritura de dote referidas me parece q̃ el Capitan Pedro de Arriola a quien se otorgò el recibo, ni quiẽ lo dio no quiso comprehender la satisfacion del tercio de mejora de los bienes de su muger que deuia a su hija en saliendo de su poder paternal, sino solamente la legitima de su madre, y todo lo que sobrasse se avrà de pagar de los bienes del padre de su legitima futura en lo que no sea inoficiosa antes de la segunda mejora de don Sebastiã, y por aora le hallo estos fundamentos.

31 ¶ El primero, vulgarmente hablando, no solo entre hõbres de capa y espada, sino entre pragmaticos y Contadores de particiones, personas de papeles, y Letrados, siempre entienden, y llaman con diferente nombre al tercio de los prelegados, o mejoras entre los hijos quãdo los ay, que a la legitima, y herencia, sin confundir vn nombre con otro, ni comprehender la sustancia de estas cosas, y en la adjudicacion ponen diuersas las partidas del tercio, quinto legado entre los hijos, o estraños, q̃ las de las legitimas, que es lo vltimo que diuiden, y parece demostracion no mentar el tercio y quinto que deuia restituyr a su hija; sino sola la legitima de su madre, y ofrecer el resto de la suya, para entẽder que essotro quedaua reseruado aduertidamente, siendo lo mas considerable, que es cierto lo expressara si otra cosa quisiera.

32 ¶ La segunda razon es tambien demostratiua en derecho de estos Reynos, porque por la ley 21. de Toro se dispone, que el hijo mejorado en el tercio pueda acetar la mejora, y renunciar la herẽcia legitima, y antes estaua dispuesto en la ley qui

filia-

filiabus,§.fin.cum l.sequenti, de leg.1. concordantes a la ley 2.in fine, tit. 9. p. 6. y si las dichas palabras comprehendieran vna misma cosa no se pudiera admitir lo vno sin lo otro, y es notoria la diferencia.

33 ¶ Esta no ay entre legitima, y herēcia, porque renunciando la vna no se puede acetar la otra, ex Bart.in l.gerit,n.22.ff.de acq. hæred. estq; communis opinio, secundum omnes Doctores in l.hæres instituta, C.de impub.Couarr.in cap. Raynūtius,§.fin.in fine,de testamentis,con que se satisfaze a la palabra, *y como su heredera*, que fue lo mismo que por su legitima, sin que se comprehēda en vna ni otra el tercio.

34 ¶ Lo tercero, la palabra, *legitima*, tiene muchas diferencias en sustancia con el tercio, y no se pueden entender debaxo de vn nombre, como se ve de que la legitima se deue dexar a los hijos titulo institutionis, l.inter cætera, ff. de lib.& posthum. Auth. vt cum de appellatione cognoscitur, §.aliud quoque cap. coll.8.l.5.tit.8. p. 6. vbi Gregor.sequitur Ludouic.Molin.lib. 2. de primog. cap.15. n.15.lo que no passa en el legado del tercio, que se puede hazer, y es lo mas ordinario hazerse, como en el caso presente por titulo particular, ex l. 24. Tauri, cum alijs, vbi scribētes, y assi lo que se deue por diuersos titulos no tiene inclusion en los nombres, y essencia.

35 ¶ Lo quarto, de esta ley se saca otra diferencia, en que se dispone, que anulado, o roto el testamento por exheredaciō, o pretericion quede firme el prelegado del tercio, en que se diferencia de la herencia que quedò anulada, y no solo en la parte, quę capitur iure legati, verùm etiam en la que se puede considerar iure hæreditario, quod resoluit Angul. alijs relatis, de meliorat. ad l.8. gl.2.nu.5. cuya diferencia bastaua para que no se entiendan en vn mismo nombre comprehendidas dos cosas tan distintas.

36 ¶ Lo quinto, el tercio de mejora se puede grauar

grauar con sostituciones,o restituciones, ex l. 27. Tauri,vbi omnes Regnicolæ,como en este caso se grauò con sostitucion de la hermana y sobrinos, y la legitima es notorio,y vulgar, que no recibe grauamen,ex l.quoniã in prioribus, C. de inof. testa. l.ab eo,C.de fideicomm.y assi el tercio,que se pudo grauar y grauò nunca se puede comprehender en la denominacion de legitima ni herécia que no lo es.

37 ¶ Lo sexto,quando el padre promete,y dà simplemente a su hija bienes por dote sin dezir de quales, teniendo algunos de su madre en administracion,siempre se entiende,q̃ la dota de los suyos propios, y no de los de la hija, por la obligacion legal de dotarla,l.fi.C.de dotis promiss.l.8.tit.11. p.4.& vtrobiq; scribétes,y en caso mas apretado, quando el padre dize,que la dota por cuenta de todo aquello que huuo de auer de su madre, dize con otros Ant.Gom.en la ley 51.de Toro,n.21 ad med. que se ha de entender, y contar la dote por cuenta del padre,y no de la madre, ibi: *Ex quo singulariter infertur,quod si pater promittat dotem dicendo computato omni eo,quod ipsi filiæ de bonis maternis,vel aliũ de,quod hoc non obstante videtur pater de suo patrimonio, & substantia promittere non autem de bonis filiæ, & poterit filia sua bona,vel debita libere vltra dotem petere.*

38 ¶ A esto no obsta que respeto de los estraños sea el tercio legitima de los hijos, que no se niega,y se satisfaze,que este es vn efeto particular, en que se entiende que no se puede mejorar, ni dar el tercio de bienes a los estraños teniendo hijos: pero no se denomina el tercio por legitima desta vnica paridad,en la sustancia,ni por esto se comprehéde en su nombre, como calidad q̃ solamente es efeto, y assi en consideracion deste caso el tercio en su essencia *est quid anomalum*, que aunque *respectu extraneorum sit legitima, respectu cuiuslibet filij non est propiè legitima.* Por las mismas palabras lo dixo Angulo, in Rub.de melior.n.27. y tratando este punto formalmente en la ley 2.gl.6.dize: *Et hinc,quod tertium*

non est propiè legitima respectu cuiuslibet filÿ. Y da la razon, porque si lo fuera no se pudiera dexar al nieto medio filio existente, ex iuribus ibi allegatis, para cuya distinciõ en la ley 6. glos. 1. n. 14. dize, que la legitima se puede considerar en dos maneras: *Vno modo patre inuito, & alio patre volente, legitima patre inuito est extracto integro tertio & quinto, legitima autem patre volente est, quæ pertinet omnibus filÿs quãdo pater vult non meliorare.* Y en este sentido pretende, o pudiera pretender don Sebastian de Arriola, que el tercio sea legitima, pero no estamos en el caso, porque auiẽdo hecho la madre mejora se ha de cõsiderar la legitima patre inuito, contra cuya volũtad no lo puede ser el tercio, que se ha de juzgar deducto tertio & quinto, como lo entendio Angulo, vbi supra. Y en la ley 1. gl. 10. n. 47. ad mediũ, ibi: *Et quãuis possit desinere esse legitima necessaria cuiusuis filiorum, istud nunquam fit nisi quando alter in eo est melioratus.* Habla del tercio, y assi auiendo prelegado no puede ser legitima en nuestro caso, ni entẽderlo en ella los contrayentes si se han de ajustar al derecho, que mirô a la paridad de sucession, no para que en el nombre se dexen explicar diuersos, y en su inteligencia para la comprehension de las palabras; y aun la diuersidad de los nombres, que no se puede negar, ha de diferenciar la sustancia, iuxta vulgare dictum, in l. penult. C de codicill. vbi Doctores notant, que la diferẽcia de nombres se produze en los efetos, Speculat. in tit. de empt. & vẽd. §. nunc videndum, num. 10. y assi tengo por constante la justicia de doña Maria de Arriola, para q̃ no se entienda la paga del tercio y quinto en la dote recebida de su padre.

II. PARTE.

39 ¶ Diuidi en dos partes este articulo, porq̃ auiendo pedido los menores se les auia de dar el tercio y quinto de los bienes de su abuela, fundandose en que la susodicha auia mejorado a D. Maria de

de Arriola, cuyos cessonarios son, y sostituydo a doña Gracia su madre, pretendio don Sebastiã hazerles encuentro con dezir tenian ya recebida la mejora, por auer dicho en la escritura de dote el Capitan Pedro de Arriola se la daua a su hija D. Maria por cuenta de lo que auia de auer de la legitima de su madre, y como su heredera, y lo que sobrasse para cuenta de lo que le tocasse de la suya, y dio su parecer el Doctor don Alexandro de Montoya, insigne Abogado, que puse como en el se contenia en la primera parte, porque aunque es ya difunto es bien dar por autor siempre al verdadero dueño, y aqui dirè lo que me pareciere aduertir.

40. ¶ Gran razon, y fundamento para prouar que la mejora del tercio no es herencia, es la deduzida de la ley qui filiabus. 17. §. vlt. y de la ley & quîdem. 18. en ver que doña Maria de Arriola pudo muy bien queriendo acetar el tercio de mejora, y abstenerse de la herencia, en cuya comprouacion considero la ley filio. 87. alias 89. ibi: *Filio pater, quẽ in potestate retinuit, herede pro parte instituto, legatum quoque reliquit, durissimæ sententiæ est existimantium denegandam ei legati petitionẽ, si patris abstinuerit hereditate*: y la l. nam nec. 89. alìàs 91. l. quæsitum que, alias 91. § duobus, vers. argumento, de leg. 1. y la l. miles. 77. alìàs 75. de leg. 2. por la qual el heredero que no auia acetado la herencia passa a sus herederos las preceputiones, o legado, no por otra razõ, que por no tener conexion la herencia con la mejora. Y la ley cũ quis. 18 de ijs, quæ vt indig. l. apud Celsum 4. §. si quis ex vncia, alìàs § item quæritur, vers. si quis ex vncia. de doli mali, & met. l. cũ responso 12. ibi: *Cum responso viri Prudentissimi Papiniani, quod precibus insertum est præceptionis legatum, & omissa parte hereditatis vindicari posse declaretur*, C. de legatis (de qua, ũ vera interpretatione videndus dominus, ac dominus, & cognatus meus D. Ioannes Chumacero Carrillo & Sotomaior, select. disput. c. 5. D. Martinus Nieto in manuscript. de præleg. cap. 1. à n. 11. vsque ad 25.) que es lo dispuesto por

la ley 21. de Toro, y la 5. tit. 6. lib. 5. Reco. Matiẽç. en la dicha ley 5. de la Recop. gl. 1. n. 1. & 2. siguiẽdo a Gregor. Lop. in l. 2. tit. 9. p. 6. gl. 1. y a Tello Fernandez in l. 18. Tauri, in fine, & in d. l. 21. nu. 1. de donde consta no ser la mejora herencia, q̃ a serlo no se pudiera acetar la vna sin la otra, arg. text. in l. 1. & 2. & 4. l. si exasse. 10. l. si solus. 80. de acquir. hæred. l. 1. tit. 9. p. 6.

41 ¶ Res nostra fulcitur, de ser la herencia sucesion vniuersal, l. hæreditas. 63. de reg. iur. citando a muchos, Doctor Ant. Pich. de hæred. inst. Inst. ad Rubr. ex n. 17. y el prelegado, y mejora de tercio particular, D. D. Melchior de Valencia, tractatu de legatis, cap. 1. n. 10. 11. & 19. & fere per totum cap. D. Pich. in §. legatarijs. 7. n. 10. Inst. de testamentis, y mal podrà comprehenderse debaxo de la palabra, *heredera*, que denota sucesion vniuersal; quod ex eo roboratur, que en el tercio no se sucede como en herencia, q̃ no es sino como en prelegado cuya naturaleza tiene, arg. text. in l. non amplius, §. cum bonorum, de leg. 1. l. quoties, C. fam. ercisc. D. Præses Couarr. lib. 2. resol. cap. 2. n. 2. vers. Ego vero, y expressamente tiene la sentencia que defiẽdo, y da la razon de dezidir a la ley 21. de Toro el doctissimo, y por muchos titulos digno de veneracion el señor don Melchor de Valencia del Consejo de su Magestad, y Oydor en su Real Chãcilleria de Granada, merecedor de mayores premios, in tractatu 1. de acq. vel omittenda hæred. cap. vlt. n. 8. & in tractatu 1. de legat. cap. 1. n. 26.

42 ¶ Lo tercero se prueua, de que el hijo no puede acetar la legitima, y repudiar la herencia, vt pro veriori multis laudatis docet idem D. Doctor D. Melchior de Valencia, vbi supra n. 6. Ant. Gabri. comm. opin. tit. de legitima, concl. 1. nu. 53. y dize ser comun Meneses, in l. 3. nu. 35. C. de iur. & fact. ignor. y puede acetar la mejora de tercio, y abstenerse, o repudiar la legitima, y herencia; luego es porque el tercio ni es legitima, ni es herencia, arg. l. scire debemus, 29. de verb. oblig.

Y siendo

43 ¶ Y siendo prelegado la mejora, quedara assentado no ser herencia, pues se distinguẽ en mucho, y assi Plinio, lib. 5. epist. 7. dixo: *Neq̃ hæredem institui, neque præcipere posse rempublicã*, que si juzgára ser lo mismo precepcion que herencia no multiplicara palabras.

44 ¶ Ni importa, que a ser sucessor particular el mejorado no se dieran acciones contra el, y vemos que por las palabras de la ley 21. de Toro se dize: *Con tanto que sean pagadas primero las deudas.* Luego el mejorado no avrà de ser sucessor particular. Porque dexado si se dan contra el acciones directas ò no, emos de dezir, que la mejora es prelegado de parte de bienes, Suarez, in l. quoniam in prioribus, q 7. C. de inof. testam. Matienç. in d. l. 5. Recop. gl. 2 vbi Azeued. & in l. 2. eod. tit. n. 7. y del legado de parte de bienes se sacan las deudas sin q̃ por esso sea herencia, l. cum autem. 9. de leg. 2. l. ex facto. 35. §. vnde, de hæred. instit. l. vlt. de vsufruct. legato, D. Martin. Nieto, in manuscrip. de præleg. cap. 2. n. 21.

45 ¶ Y quando todo lo dicho cessara, se ha de aduertir, que los actos de cada vno se han de entender segun la intencion que tuuo de obrar, l. si idem seruus, de leg. 1. l. si cui puré, in fine, ad Trebell. l. verbis, de vulgari. Y como dizen los Dialecticos, las palabras son señales de los conceptos, l. Labeo 7. §. Tubero, de supell legat. l. scire, de tut. & cur. dat. l. 1. §. Diuus, ad l. Corne de sicar. l. generaliter, C. de non num. pec. l. reprehendenda, C. de inst. & subst. Gabriel Aluarez de Velasco, in axiom. iuri. lit. V. n. 15. y las señales exteriores denotan lo interior del animo, l. ei qui, de tut. & cur. De donde se infiere, que los actos del Capitan Pedro de Arriola se han de interpretar segun su intencion demostrada por sus palabras, y señales exteriores, y estas dizen claramente que no la tuuo de dar a D. Maria su hija la dote para en pago de la mejora de tercio que le deuia de su madre, diziendo fuera por cuẽta de lo que auia de auer de su legitima, y como su heredera

cedera, porque repite estas mismas palabras en la escritura de dote que hizo a doña Gracia su hija, la qual consta no tenia mejora de su madre, y assi solo tiene de repuesta esta consideracion el contestar, q̃ por tales palabras no entendia, ni entẽdio el dicho Pedro de Arriola la mejora de tercio, pues las repitio en D. Gracia, que no estaua mejorada, y nadie se presume dize lo que no entiende, ni ha pensado; y las palabras se reciben conforme la intenciõ; no la intencion conforme las palabras, l. non aliter, de leg. 3. l. 3. §. conditio, de adim. leg. Aluarez Velasco, vbi sup n. 16 & 17. y si tal no le passò aun por la imaginacion a Pedro de Arriola, ni tiene fundamento en derecho: porque se ha de forçar a que la escritura de dote obre contra la intencion del que la hizo? aduersus l. non omnis si certum petat. l. in agris, de acquir. rer. dom. Velasco, vbi sup. lit. A. num. 34.

46. ¶ Conduze muy bien lo que elegantemẽte dixo el señor don Martin Nieto, in manuscrip. de præleg. cap 1. nu. 2. que la mejora por derecho de estos Reynos es prelegado, y aunque repudie el mejorado la herencia consigue toda la mejora, ex l. 2. tit. 9. p. 6 vbi Greg verbo, *La manda*, d. l 5. tit. 6. lib 5. Recop. vbi Azeued. n. 1. Angulo, gl. 1. n. 2. & 3 Matienç. nu. 1. d. l. 21. Tauri, vbi Ant. Gom. & plures referens Tellus Fernan. in prin. Castill. n. 1. Mieres, de maior. 4. p. q. 16. n. 113 & Molin. de primog. lib. 1. cap. 8. n. 14. los quales confiessan, que la mejora es prelegado, pero no lo reciben rigorosamente semejandolo al legado de particion, y assi repudiando el mejorado la herencia se le deue por entero la mejora.

47. ¶ Prouado ya que la palabra, *herencia*, no comprehende mejora de tercio; ni tal entendio el Capitan Pedro de Arriola, emos de ver si se comprehendera debaxo de la palabra, *legitima*, que son las dos de que vsò en la escritura dotal, y parece q̃ el tercio es legitima respeto de los estraños, por no poder el padre quitarla a los hijos, no entre ellos

mismos,

mismos, estando a su eleccion mejorar al q̃ gustare, ita Doctor Paulus de Maqueda Castellano & Valderrama, in manuscrip. ad l. qui in aliena. 6. de acq. hæred. n. 62.

48 ¶ Lo primero se prueua, de que la mejora de tercio se puede grauar, ita Matienç. in l. 11. gl. 1. n. 1. tit. 6. lib. 5. Reco. Morquech. de diuis. bon. lib. 3 c. 8 n. 3. Villadiego, in l. 1. tit. 4. gl. 1. n. 4. lib. 4 y la legitima no admite carga, post l. quoniã in prioribus, & ibi scribẽtes, ex l. omnimodo. 30. vers. Liceat vero, l. scimus. 36. §. cũ autem, C. de inof. test. Auth. de triente & semisse, §. 1. & relati à D. Doctore D. Melchiore de Valencia, de acq. hæred. tract. 1. cap. vlt. n. 4.

49 ¶ Lo segundo se colige de la ley 27. de Toro, que dispone auer de ser las cõdiciones entre los descendientes, y no poderse sostituyr auiẽdolos, los estraños, luego por ser legitima, respeto de los estraños, no de los hijos, a quien se puede grauar, sic Matiẽç. vbi sup. n. 2. & 3. ex Ioan. Lup. in l. 19. Tau. n 5 & in l. 23. n. 1. & 3. & in l. 27. n. 10.

50 ¶ La tercera razon es, que por la ley 2. tit. 6. lib. 5. Recop. y la 18. de Toro se permite al abuelo mejorar en tercio al nieto, teniendo en su poder al hijo, y a ser legitima no pudiera hazer tal mejora, no pudiendo el nieto, a quien precede su padre, conseguir algo de su abuelo, que sea legitima, l. si quis. 6. l. posthumorum 13. de iniust. rupt. l. si quis posthumos. 9 §. si filium exheredauero, de liber. & posth. §. ita demũ, vbi Doctor Pich. Inst. de hæred. quę ab intest. l. 3. tit. 13. p. 6.

51 ¶ Y se ve claramẽte, de que el padre puede mejorar en tercio a qualquiera de los hijos, y si fuera legitima no pudiera como no puede teniẽdo solo vn hijo, cuya legitima se estiende al tercio, no pudiendose dexar a los estraños, Molin. de primo. lib. 2. cap 9. n. 3. Couarr. 1. var. cap. 19. n. 13. Gutierr. pract. quæst. lib. 2. q. 54. n. 4. Palac. Rub. in l. 27. Tauri, Matienç. in l. 2. tit. 6. gl. 2. n. 3. lib. 5. Recop. Greg. Lop. in l. 8. tit. 4. p. 7. in gl. verb. *A otro*,

& in l.2 tit.15.p.2. verbo, *Mayoria*, en cuya comprouacion pudiera citar muchos autores. *Qui numero tot sunt, quot in horto fertilis arvi, Punica sub lento cortice grana rubent. Africa quot segetes, quot Tmolia terra racemos, quot Sycion baccas, quot parit Hybla favos.* Ovid. de Ponto, lib.4. eleg.15. Y aunque Parlad.1.quot.cap.7.y Sarmiento, lib.8.selectar. in l. vnum ex familia, §.si de falcidia, n.12. defienden, q̃ auiendo solo vn hijo se le puede hazer mejora del tercio, y gravarla, antes confirman mas nuestro intento, pues dan a entender, q̃ aun respeto de vn hijo solo, no es el tercio legitima, que a serlo no la pudiera el padre gravar, y todos los Doctores que dizen lo es, se ha de entender legitima patre volente, secundum Ioan Lup. in l.18. Tauri, n.7. Ant. Gom. ibidem n.11. in fine, Gomez Arias, in l.16. Tauri, num.vlt.

52 ¶ Y vltimamente tenet nostrã sententiam Tell. Fern. in l.23. Taur. n.1. vers. Ideò, ibi: *Videbã enim nullum esse discrimen inter tertium & quintum, vt fieret hæc distinctio vtrumq; enim dicitur melioratio, vt supra diximus nullum eorum est legitima*, Molin. de primog. lib.2.cap.9.n.61. in fin. Cevall. q.751.n.49. & q.759.n.13. Gutierr. de iur. confir. p.1.cap.9.nu. 16.& in cap. quamuis pactum, de pactis, in 6.n.11. ibi: *Non obstantibus, &c.* plenissimè Baeça, de non melior. filiab. cap.9.n.50. todos los quales concluyen no ser el tercio legitima, y el señor don Iuan del Casti. contr. lib.5 c.128.n.13.& 14. dóde pone tres diferencias entre el tercio de mejora, y la legitima, y es cosa tan assentada, que se le haze agrauio en ponerlo en duda. Con que de todo lo dicho quedarà por cierto, que en la escritura dotal no se cõprehendio el tercio de mejora, pues no se entiende por herencia, ni por legitima, que son las palabras de q̃ se vsò, nam argumẽtum à sufficiente partium enumeratione in iure nostro est validum, Velasco, in axiom. iur. lit. A.n.539. y mas quando el padre dotando a su hija se presume de sus bienes, y no de los de ella, vt tenet expresse Maynar. decis. 21. Se-

nat. Tholosan. vbi sic decissum refert Ant. Gomez, ad l.50. Tauri, nu 24. vers. Ex quo deducitur, & infertur.

53 ¶ Y no tan solamẽte no ha de ser la dote de D. Maria de Arriola para en pago del tercio, sino que si pagada de la legitima materna, y paterna, teniendo consideracion al tiempo de la muerte sobrare algo, tampoco ha de ser a cuenta de la mejora, ni se ha de restituyr como inoficiosa, porq̃ quando Pedro de Arriola le dio dote no auia mejorado a don Sebastian, y assi respeto de aquel tiempo serà la legitima que le tocare de padre a doña Maria de mayor cantidad, Ant. Pichar. multos referens in Inst. lib. 4. tit 6. §. 4. nu. 16. y la inoficiosidad de la dote no se mira al tiempo de la muerte: sino de la constituciõ dotal, Matiẽ. in l. 7. gl. 3. n. 1. tit. 6. li. 5. Reco. gl. in l. 1. C. de inof. donat. & ex Cyno, Bart. Alberic. & Ant. Gom. in l. 29. Taur. nu. 35. tradit Tellus Fernand. in l. 23. Taur. nu. 16. prope finem. Y la ley 29. de Toro dize, ibi: *Auiendo consideracion al valor de los bienes del q̃ dio o prometio la dote, al tiempo que la dicha dote fue constituyda, o al tiempo de la muerte del que dio la dicha dote, o la prometio; do mas quisiere escoger, aquel, a quien fue la dicha dote prometida*, Gutierr. de iur. confir. 1. p. cap 59. n. 4. ibi: *Quoniam filia habet electionem valoris bonorum parentis, è quibus dotem accepit temporis, scilicet, constitutionis dotis, vel mortis ipsius ad hoc, vt indicetur an dos sit inofficiosa, nec ne*. Y assi diremos, que la dotacion de doña Maria, en lo que excediere no serà inoficiosa, pues en aquel tiẽpo no estaua mejorado dõ Sebastian, cum Matiẽç. in l. 3. gl. 9. n. 1. tit. 8. lib. 5. Recop. & in d. l. 3. gl. 8. n. 1. Palacios, in repetit. cap. per vestras, §. 49. in fi. Ant. Gom. omnino videndo, ad l. 29. Tauri n. 35.

ARTICVLO V.

54 ¶ Aqui pretenden los menores como cessonarios de doña Maria de Arriola su tia, que se les hã de dar los reditos de la mejora đ tercio y quinto,

que

que doña Mariana Enriquez le hizo desde el dia, q̃ se casò, y velò con el Capitan dō Gonçalo de Mō-dragon.

55 ¶ A lo qual digo, q̃ los frutos de la mejora de tercio, y quinto, que hizo a doña Maria su madre se han de contar desde que se casò, y velò, y salio del poder de su padre, q̃ se prueua de la ley 47. de Toro, en que se dispone, que luego que los hijos se casan, y velan salen del poderio paternal, y de la 48. que es la ley 9. tit. 1. lib. 5. Recop. ibi: *Mandamos que de aqui adelante el hijo, o hija casandose, y velandose se ayan para si el vsufructo de todos sus bienes aduēticios, puesto q̃ sea viuo su padre, el qual sea obligado a ge lo restituyr sin le quedar parte del vsufructo de ellos.* Y aūque con leyes Reales tan expressas no necessitaua de mas apoyo, pues de esta vltima queda determinado expressamente, que el vsufructo de los bienes aduenticios toca al hijo desde la velacion, y que el padre no se puede quedar con alguna parte de el, antes se lo ha de restituyr; luego estando obligado a hazer esto, no cumpliendolo, tardarà la deuda, por interpelar el dia de la velacion por el hijo, o hija q̃ se casò, causa porque no ha de ser de mejor condicion, o mas fauorecido, que si lo restituyera luego que se velaron, deuiendo la tardança ser contra el que la tiene. Con todo digo ser sentencia de Iuan Gutierr. de iur. confir. 1. p. cap. 4. nu. 18. donde en propios terminos lo defiende, ait enim: *Meo iudicio tenendum est contra opinionem nouam Castelli, vbi supra, quod filius por mortē patris possit petere á suis cohæredibus prædictos fructus perceptos per patrem post velationē eiusdem filij, ipso filio sciente, patiente, & non contradicente.* El qual examina largamente esta question, y responde a los pocos fundamentos de Castillo desde el nu. 10. hasta el de 30. tenet etiam Azeued. in d. l. 9. tit. 1. lib. 5. Recop. nu. 25 & à 26. testaturq; eam Ant. Gom. ad l. 48. Taur. n. 6. cum alijs qui quidem alios referunt. Y se prueua primeramēte del C. Iulio Paulo, lib. 1. sent. tit. 4. §. 7. relato, in l. litis contestatæ. 37. aliàs 39. §. pater, de negot. gest.

Lo

56 ¶ Lo segūdo se prueua, si Pedro de Arriola no vuiera sido su administrador legitimo, deuia estos frutos a doña Maria desde el dia de la muerte de su madre, ex ijs, quæ tradit cum alijs Angul. de meliorat. in l. 4. gl. 14 n. 2 §. quod attinet, & nu. 5. por ser la mejora parte cotatiua bonorum, in qua veniūt fructus sicut in legitima à tempore mortis, vt pluribus relatis sine controuersia defendit Cæsar Barzius, decis. Bonon. 102. n. 31. luego si desde el dia de la velacion salio de la potestad de su padre desde entonces se le deueran.

57 ¶ Y se ha de reparar en que por la ley Real despues de la velacion pierde el padre el vsufructo en los bienes aduenticios del hijo; luego si lo retuuiere en si, no embargante la velacion, retendrá cosa que no es suya, y siempre que vno tiene lo que no es suyo lo deue; luego siempre que el padre retuuiere el vsufructo de los bienes del hijo ya velado lo deuerà, y semejantes deudas no se acaban con la vida, sino que passan cōtra sus herederos, l. pro hæreditarijs, C. de hæred. act.

58 ¶ Ni en contra importarà dezir, que por lo menos tocaua a Pedro de Arriola la mitad de este vsufructo, ex §. hoc quoque, el segundo, inst. per quas personas nob. acq. & l. cum oportet. 6. C. de bon. quæ lib. l. 15. tit. 18. p. 4. Porque respōdo, que esto no tiene lugar quando los hijos salen de la patria potestad por auerse velado, como lo enseña Ant. Gom. vbi sup. n. 6. vers. Ex quo sub deducitur, & infertur; y assi lo sintio el señor D. Ant. Pich. inst. lib. 2. tit. 9. §. 2. n. 5. donde dize prouarse de nuestra misma ley 48. y en el n. 41 siguiendo vna limitacion q̄ trae de Greg. Lop. solo le da lugar a tener el padre la mitad del vsufructo, en caso que emācipò al hijo, y no en los demas; que por derecho sale de su poder.

59 ¶ Ni veo porque algunos quieren presumir donaciō en el hijo, o hija, porque a su padre no pida este vsufructo en su vida, siendo assi que nūca emos de presumir donacion quando podemos to-

mar otra conjectura, l.cum indebito.2.§.si vero, de probat.l.campanus, de oper.libert.l.fin. C. de nouat.pro multis sufficiat Velasco, in axiom. iur. lit. D.n.215.216. 217. y emos de entender que en dexarlo de pedir descubre animo de cobrarlo cõ frutos y rentos, particularmente quando el padre no ha entregado, como en nuestro caso no tenia entregados los bienes, de que procedian los frutos, y asi no emos de juzgar donació, ni liberalidad, cú suum iactare nemo præsumatur, idem Velasco, vbi sup.lit.I.n.1.ni en el hijo se puede presumir tal donacion, si no es que concurra lo que dize Iuan Gutierr.vbi sup.n.23.in fine, que requiere licécia expressa del hijo para que el padre goze el vsufructo, o que los bienes de que procede los posseyesse D. Maria, y de su voluntad le fuesse dando a Pedro de Arriola lo que fuessen rindiédo, y solo en estos dos casos limita nuestra sentencia.

60 ¶ Y se ha de atender, que quando el hijo despues de velado ve q̃ su padre se toma el vsufructo q̃ no le pertenece, no se atreue a contradezirlo, ni a prohibirselo por el miedo reuerécial que le deue, antes por no darle disgusto lo dexa para mejor ocasion, y para cobrarlo despues, y deduzirlo en juyzio contra sus herederos, y asi no le es de perjuyzio; y aunque este miedo solo no es bastante a rescindir el contrato hecho por el hijo, que tuuo consentimiento expresso, vt ex tex.in l.fideiussor, §.pater, de pignor.l.ad inuidiam. 9. l. si per impressionem, C. de his quæ vi, cap. litteris. 11. de desponsat. impub.& ex multis laudatis à Mogoll. tractat. de metu, c.4.§.1.D.Castill.lib.3. quot. c.1. nu. 149. Hermos.in add.gl.2.l.56.n.5.tit.5.p.5.es suficiente a lo menos para q̃ no le perjudique, l.si quis cum sciret 93.de furt.l.si cum dotem, §. eo autem tempore solut.mat.gl in l.filius fam.verbo, Non probatur, de procur.Boer.decis.100.n.20. & 21. Mótaluus, in l. 8.gl.2.in prin.tit.11.li.1.fori, Peralta, in l.Titia cum testam.§.qui in vita, de leg.2.nu.1. Azeued.in l.9.tit.1.n.28.lib.5.Recop.Barbos.in l.2.§.

fin.

fin.nu.7.solut. mat. Pereir. de renouat. emphyt.q. 16,num.59. Mier. de maior. p. 1. q.23.à num. 82. & 4.p.q.15.num.100.

ARTICVLO VI.

91 ¶ Entre los bienes que por el año de 1581. recibio en dote, con D. Mariana Enriquez, el Capitan Pedro de Arriola, fue vn oficio de Regidor de Malaga en mil y dozientos ducados, y se obliga a tenerla, y las arras siempre de manifiesto, y de no malbaratar cosa alguna, y por Nouiembre de 99. quando murio doña Mariana quedò este oficio en ser en cabeça de su marido hasta el de 608. que lo védio en 3U260. ducados, y ay en la escritura dotal otras clausulas que se diran aqui. Pretéden los menores auerseles de dar en ser, o auer de acrecerse a la parte de su abuela 10U. ducados, que es el valor que tenia por el año de 25. quando murio su abuelo, y se empeçaron estas particiones.

62 ¶ Toda la dificultad consiste, en si en este caso el aprecio del oficio hizo venta, o no. Para lo qual se ha de suponer, que la enagenació de los bienes dotales es prohibida, l. 1. 4. & 5. l. dotale prædium. 13. de fund. dot. l. 1. C. eod. l. vnica, §. & cum lex. 15. C. de rei vxor. act. auth. siue à me, C. ad Velleian. prin. inst. quibus alien. licet, vbi D. Pich. Ant. Gom. in l. 50. Taur. nu. 57. Petr. Fontanel. de pact. nupt. 2. tom. claus. 7 gl. 8. §. 13. fere per totum, Barbos. in l. 1. p. 5. nu. 2. 3. & 13. solut. mat. y con ocho ampliaciones lo enseña Hermos. in add. ad glos. 5. l. 22. à n. 2 vsque ad 13. tit. 5. p. 5.

Alienatio rerum dotalium non conceditur.

63 ¶ Esto no tiene lugar quando se dan en dote con aprecio que haze venta por dexar de ser dotales, y suceder en su lugar el precio, l. quod si fundus. 11. de fund. dotal. l. æstimatæ. 51. aliàs 52. solut. matr. l. plerũque. 10. aliàs 11. ff. de iur. dot. l. quotiens. 5. l. cum dotem. 10. C. eod. d. l. vn. §. cum res, C. de rei vxor. act. l. 7. 16. & 18. tit. 11. p. 4. Bald. in d. l. quotiens. 5. Alex. lib. 2. cons. 79. col. 2. Francis.

 Crem.

Crem.sing.19.Ant.Gom. in l.50.Taur.nu. 42 y al parecer es contrato de dote, y se le suple, y entiede el de venta, arg.l.singularia.15.si certum petat.dixit D.Præses Didac.Couarr.pract.quæst. cap.28. n.1.y aunque Fonta.d tom.2.de pact.dot.claus.5. gl.8.p.13.n.52. lo atribuye a Bald. in l.si inter, C. de iur.dot. y la materia trata largamente Hermos. vbi sup.à n.11.vsque ad 18.

64 ¶ De donde queda, que la prohibició de enagenar los bienes dotales, que induxo la ley Iulia, se ha de entéder en los no apreciados, o si lo estan, que el apreció no haga venta, vt ex multis trad. t Pichar.ad tit. qq. alien.licet, inst. in prin. n.13. D Castill quotid lib.1.c.4.n 7.Fontan.vbi supra, n.16.& 18.y consiguientemente que el marido podrà enagenar los q se dieren estimados como vendidos, y no otros.

65 ¶ Lo segundo se ha de assentar, que en los bienes rayzes no apreciados, o cuyo aprecio no hizo venta, quando sin venderlos se podian conseruar, el aumẽto pertenece a la muger, l. plerũq; 11. de iur.dot. Afflict.decis.270. Mellrill. vol 2. decis. 149 à n.1. por ser como es señora de ellos, l. in rebus, 30 C.de iur.dot. Fontan.vbi sup. nu.19. Ioan. Gut.cons.22.n.1.2 & 17.vers. Superst. Arius Pin. in l.1.p.3.n.15. C.de bon. mat. por no transferirse el dominio en el marido, Garc. de benef. p.5.c.9. n.162.y por esso expressamente en la ley 19.tit.11. p.4 se dize que el aumento de las cosas dotales estimadas pertenece à la muger; que se ha de entender como dezimos, quando el aprecio no hizo vẽta, vt velle fuit interpretatus D.Præses Couar. vbi sup. vers. Quod si hæc vera sunt, y entonces quedan los bienes adhuc dotales, d.l.vn. §. cum lex, C. de rei vxor.act. ibi: *In fundo autem non æstimato, qui & dotalis propiè nuncupatur maneat ius intactũ*, ex l.Iulia, Ant.Quesada, quest iur.c.14.n.25. sin que importe aquella palabra de la ley *Fundo non æstimato*, que como bien aduirtio Fonta.vbi sup. n. 15. lo mismo es no ser las cosas estimadas, o serlo de suerte que no hagan venta.

La

66 ¶ La qual estimació solo se pone para que se sepa si los bienes dotales han perdido de su valor, y se bueluan del mismo si el deteriorarse fue por culpa del marido, l. si inter. 21. C. de iur. dot. ibi: *Cum in placitis specierum reddendarum idcirco pretiorũ nomen videatur annexũ ne si species aliqua diminuta fuisset, aut deperdita alio pretio, quam quo taxata fuerat, reposceretur*: tenet Couarr. vbi sup. nu. 4. vers. Horum autem, Castill. vbi sup. De todo lo qual queda, que si el aprecio del regimiento no hizo venta, el crecimiento de su valor hasta la muerte del dicho Pedro de Arriola ha de ser por cuenta de D. Mariana Enriquez.

67 ¶ No auerla hecho lo prouaremos, de que si la vuiera auido, el peligro, y menoscabo (si se hallara) auia de ser por cuenta de Pedro de Arriola, y no de doña Mariana, pues seria señor, vt ex multis resoluunt Fonta. vbi sup. n. 19. Castil. vbi sup. n. 7. Couarr. vbi sup. n. 5. Iuan Gut. n. 4. Hermol. n. 16. y el derecho fingia q̃ se auian recebido los 1U200. ducados vendiendole el oficio, y luego al mismo se los auian entregado en dote, q̃ fue lo que dixe arriba, y defiende Pedro Surd. decis. 287. nu. 21. & 23. Trentacinq. var. lib. 3. tit. de iur. dot. resolut. 1. y no podria doña Mariana pedir mas que sus 1U200. ducados, o bien creciesse, o pẽdiesse de su valor; luego a doña Mariana no le importaua q̃ su marido vendiesse en poca o en mucha cãtidad, pues no auia de tocarle nada del mas valor, Fontan. vbi sup. n. 14. y vemos que se obliga de no malbaratar; luego es porque a doña Mariana le importa que no se malbarate, y no le puede importar no malbaratarse si no es auiẽdo de tocar el aumẽto, ni puede tocarlo si no es siendo señora, ni lo es si el aprecio fue de los que hazẽ venta; luego por todos caminos emos de concluyr, que obligandose el Capitan Pedro de Arriola de no malbaratar el aprecio no hizo vẽta, y que fue solamente para que los bienes dotales no se boluiessen menoscabados.

68 ¶ Confirmase de que como elegantemẽte fundado en la ley si æstimatis sol. mat. & cũ Socin.

lib.1.conſ.56.y en la ley ſi inter virum, C. de iur. dot.dixo el ſeñor PreſidenteDiego Couar.vbi ſup. n.2.in fine,verſ.Sed ex contrario, la eſtimacion, y aprecio de las coſas dotales no haze venta, quãdo de las palabras expreſſas o tacitas del contrato ſe puede y da a entender, que no ſe puſieron para tal efecto,y aſsi fue para que ſi huuieſſe alguna perdida ſiẽdo por culpa del marido corrieſſe por ſu cuẽta,Paul.de Caſtro,in §.mãcipia,l.penult. ſol.mat.

69 ¶ Y dexaſe entender de confeſſar Pedro de Arriola ſe le dan eſtos bienes en pago de la promeſa,que le auia hecho Iorge Hemelmã, padre de doña Mariana, y ſe ve no auer ſido el aprecio para que hizieſſe venta; ſino para demoſtrar cumplia ſu ſuegro, pues le daua en dote con ſu hija lo que le auia prometido, y aſsi fue ſolo vna declaracion del valor de las coſas, teniẽdo reſpeto al dia del entrego,vt reſoluit Aymon Crauet.3.tom conſ.548.n. 12.y aunque muchos reſueluen cõtra Craueta auer venta quãdo ſe promete dinero,y ſe dan bienes,no tiene lugar en eſte caſo donde ſe prometio el miſmo oficio, expreſſe cum Bart. & alijs Fontan. vbi ſup.n.74.y lo mueſtra la eſcritura dotal, donde dize: *El dicho ſeñor Iorge Hemelman me prometio que me daria en dote con la dicha ſeñora doña Mariana Enriquez ſu hija mi eſpoſa quatro mil y dozientos ducados, pagados y entregados en eſta manera, los 1U200. ducado. en el oficio de Regidor, q̃ al preſente vſa el dicho ſeñor Iorge Hemelman,que en mi ha renunciado, y los 800. ducados en dineros de contado,e los 1U500.ducados en cenſos, y los 700. ducados en joyas, y preeſas de ajuares, y eſclauos.* Donde la palabra pagados,y entregados, ſe ha de entẽder entregados reſpeto del oficio de Regidor,pagados reſpeto de los dineros.

70 ¶ Y ſe deue aduertir en otra clauſula de la eſcritura,que dize: *Para q̃ quando el matrimonio entre mi y la dicha mi eſpoſa fuere diſuelto,o apartado en muerte,o en vida, o por qualquiera de los caſos que el derecho permite,que hijo,ni hija, ni otro pariente,ni acreedor que yo aya o tẽga,no puedã entrar,diuidir,ni apartar coſa alguna*

de

de los dichos sus bienes, &c. E infra: *Y si de ella acaeciere finamiento antes que de mi, que los pueda mandar a sus hijos y herederos, o a la persona que su voluntad fuere.* De lo qual se infiere huuo pacto de restituyr los bienes disuelto el matrimonio, como se demuestra del possessiuo, *sus*, que denota señorio, y de dezir los pueda mandar, que aquel relatiuo se refiere a bienes, como es llano. y siempre que ay tal pacto el aprecio no haze venta, vt tradit D. Didacus Couarruu. pract. d. cap. 28. n. 3. vers. Tertio colligitur.

71 ¶ Tambiẽ se ha de reparar en que para la venta se requiere conuencion de los contrayentes en el precio, y no se deue gouernar por el gusto, o aluedrio del comprador; y aqui Pedro de Arriola es el que se pone los precios, sin que en ellos consienta su suegro, antes al entregarselos no haze mẽcion del precio, como se ve de otra clausula de la escritura, que dize: *E yo el dicho Iorge Hemelman, vezino desta ciudad de Malaga, &c. otorgo y conozco por esta presente carta, que doy en dote al dicho señor Pedro de Arriola mi yerno con la dicha doña Mariana Enriquez mi hija los dichos censos, Regimiento, marauedis, y bienes, y esclaua de suso dichos y declarados en esta escritura*, sin dezir en quanto, que deuia, ex l. 16. tit. 11. part. 4 ibi: *Apreciada seria como quando dixesse el que la da, do vos tal casa, o tal viña en dote, e aprecio a en cien marauedis.*

72 ¶ Y caso negado q̃ quisieramos dezir auer auido vẽta, se auia de juzgar respeto de Iorge Hemelman, y Pedro de Arriola, no de doña Mariana, a quien no pudo perjudicar su contrato el partido Ant. de Aiora, 1. p. c. 2. n. 2. ibi: *Contractus factus inter socerum, & generum non obligat ipsam filiam, quæ nõ consensit actibus eorum* (y mas abajo) *Infertur, quod si filia non consensit contractui facto inter eius patrem, & maritum quantum ad æstimationem rerum dotalium, licet pater, & maritus consenserint* (que aun faltò aqui) *soluto matrimonio poterit petere ipsas res dotales in specie nec tenebitur recipere pretium, vel æstimationem.*

73 ¶ Præcipuè quando Pedro de Arriola dize tambien en la escritura dotal, q̃ no se le ha de cõtar a doña

a doña Mariana su muger para en cuenta de sus legitimas mas de la cantidad que montò, para declarar que el aprecio hecho era para en quanto a las particiones de los padres de su muger.

74 ¶ Y aunque es question controuertida, si en caso de duda se entiẽde auer hecho venta el aprecio, o no; y por ambas partes ay Doctores grauissimos, vnos que dizen se presume, y otros q̃ lleuan consistir solo en lo dudoso quando a la muger le està bien, es cierto que auiendo conjeturas q̃ denotẽ no auer interuenido, se entiende cessar la venta, como de Surdo, decis. 305 n. 37. Barbos. in l. æstimatis, n. 29. vers. De his, solut. mat. Trentacinq. var. vol. 1. lib. 3. tit. de iur. dot. resolut. 1. n. 24. Aretino, cons. 84. col. 2. y de otros, resuelue la comun de los Doctores.

75 ¶ Y no auiendo hecho como no hizo venta el aprecio del oficio, sino auiendose puesto solo para que constasse de su valor, se han de mandar adjudicar todos los diez mil ducados a la parte de doña Mariana Enriquez, que era lo que valia al tiempo de la muerte de Pedro de Arriola, pues fue crecimiento intrinseco del mismo oficio, y aumento q̃ recibio con el tiempo, no que le vino por razon de la compañia, l. verũ. 63. §. si servo, ff. pro socio, ibi: *Nec oportere id communicari, quodquisq; non propter societatem, sed propter suam partem acquisierit*, l. Plautius 49. ad l. Falcid. l. 2. tit. 9. lib. 5. Recop. ibi: *Toda la cosa que el marido y la muger gañaren, o compraren.* Debaxo de quales palabras no se comprehende el valor que el tiempo les dà a las cosas: ita Matienç. in d. l. 2. Reco. gl. 1. n. 88. que pone el exemplo en vna possession que valia ciento àl tiempo del contrato matrimonial, y despues intrinsecamente creciò su valor hasta mil, y dize no auerse de comunicar el crecimiento: enseñan esta dotrina los que alli refiere Matienç. y Diego Perez, in l. 4. tit. 4. lib. 5. ordinamenti, vers. Lucra ergo, Azeved. in d. l. 2. Recopilationis, num. 1. Suarez, tit. de las arras, n. 61.

ARTI-

76 ¶ Siendo don Gonçalo de Mondragon de diez y ocho años, entre otros bienes que recibio en dote con doña Maria de Arriola su muger fue la mitad de vna viña apreciada en 3U500. ducados, y jurò la escritura: despues comprò de don Sebastian de Arriola (a quiẽ su padre la auia dado en la emãcipacion que le hizo vn dia, ò dos antes desta vẽta) la otra mitad, siendo de igual bondad que la primera, en 1U500. ducados, y ambas a dos partes estandose en el propio ser las vendio don Gonçalo a Iuã Pacheco de Acosta en 3U. ducados en seys años, y seys pagas, a el qual pretendiendo auer sido engañado, le soltò por bien de paz 4U500. reales Pretẽden los menores por auer sucedido en su derecho no auerseles de contar por dõ Gonçalo los 3U500. ducados, en que lleuò apreciada la viña, sino auerse de reduzir a lo justo, siendo tan grande la lesion.

77 ¶ Supongo primeramente, que la lesion enormissima se compara dolo re ipsa contracto, l. si superstite, C. de dolo, D. D. Ioannes del Castill. lib. 3. cõtr. cap. 9. n. 16. vbi plures refert, Morla, in empor. iur. tit. 5. de in integr. restit. p. 1. q. 1. nu. 51. ad med. Seraphin. priuil. 31. n. 16. D. Molin. de primog. lib. 2. c. 3. n. 19. Gratian discept. forẽs. tom. 5. cap. 823. n. 38. Arismin. var. tit. 404. de rescind. vẽdit. & tit. 403. c. 10. & 11. Siguença, de claus. lib. 1. c. 13. n. 6. y semejante engaño, æquiparatur dolo ex proposito, Brunor. à Sole, in compendio, verb. Læsioni, Franch decis. 247. n. 1. 2. p. Capic. decis. 159. n. 21. Ioseph. Ludouic. decis. Perusina. 18. num. 56. Crauet. cons. 2. pro genero, n. 36. y tal dolo ex proposito se presume donde ay lesiõ enormissima, Morotius, resp. 6. n. 21. Franch. vbi sup. y donde se presume, o interuiene, anula, e inualida el contrato desde su principio, y lo en el contenido perpetuamẽte se puede pedir, Giurb. decis. 105. n. 1. & 17. Franch. decis. 665. n. 7. Roland. cons. 60. lib. 4. à nu. 62. Parlad. lib. 2. quot. cap. 4. limit. 18. n. 49.

 Quibus

78 ¶ Quibus ita prælibatis, digo, que lo primero en que se funda la pretension, es en auer interuenido en el aprecio desta media viña lesiõ enormissima, que se verifica de la misma cuenta, pues se dio en 3U500. y la otra se comprò en 1U500. que hazen 5U. y se vendio todo en 3U y se bajaron 418. por bien de paz, que quedaron ambas a dos partes vẽdidas en 2U582. ducados; de los quales bajados los 1U500. en que comprò la mitad a don Sebastiã, queda la que se dio en dote en 3U500. vendida en 1U82. ducados, por donde aun en la opinion mas rigurosa siempre se hallarà lesiõ enormissima, como se verà de seys opiniones que refiere Hermos. in add. gl. 11. & 12. l. 56. tit. 5. p. 5. à n. 5. usq; ad 11. que no las refiero, por ponerlas alli muy exornadas, y numerar los autores que las defienden.

79 ¶ Lo qual aun merece mas aduertencia, pues se vendio a Iuan Pacheco al fiado en seys pagas, cõ que aun no queda vendida en los 1U82. ducados que emos dicho, pues al contado no daria tanto, y el precio se aumenta o crece por razon de la dilacion, l. eum qui, § melior, l. si pret o in diem, in fin. de in diẽ addict. minusq; dicitur soluere qui post tempus soluit, § fideiussores. 5. in fin. inst. de fideiuss. Velasc. in axiom. iur. lit. M nu. 94 & 95. & præte ibi laudatos videndi, Tiraq. de retract. lign. §. 1. gl. 18. n. 34. Gam. decis. 256. vbi Mena, n. 257. Pinel. in l. 2. 3. p. c. 4. n. 34. C. de rescind. vendit. Matienç. in l. 1. tit. 11. gl. 2. n. 32. & 33. lib. 5. Recop. D. Ant. Pich. inst. §. 33. 34. & 35. n. 20. 21. & 22. lib. 4. tit. 6.

80 ¶ Razones son las dichas muy bastantes a induzir los animos de los señores Iuezes, en cuyo arbitrio està discernir quando es la lesion enormissima, y quando no, vt pro veriori resoluit multis citatis, Hermos. in add. d. gl. 11. & 12. d. l. 56. n. 11. & præter ibi laudatos tenent Trentacinq. var. resol. lib. 1. resolut. 1. de his quæ vi, num. 6. vers. Et etiam quando filios Cancer. var. resol. tom. 3. cap. 1. de act. & oblig. n. 87. Garcia, de nobilitate, glos. 17. num.

num. 11. & 12. qui ex Roder. Suar. id refert.

81 ¶ Lo qual recibe mayor fuerça, y se corrobora, de que en los aprecios de dote no se requiere aya tanta lesion como en los demas cõtratos, si no que es qualquiera, aunque pequeña, suficiente a q̃ se deshaga el agrauio; l. iure succursum, §. fin. l. si res, §. 1. vers. Enim vero, de iur. dot. l. si circumscripta, C. solut. mat. l. 16. tit. 11. p. 4. omnino videnda, Ant. Gom. in l. 50. Taur. n. 44. ibi: *Vnum tamen est, &c* Gutierr. consl. 22. n. 11. & 28. Garcia, de expẽs. & melior. c. 18. n. 22. Ceuallos, 2. tom. q. 536. n. 21. Ant. Fab. de error. prac. decad. 8. error. 6. Fontanel. de pact. nupt. claus. 5. gl. 8. p. 13. n. 50. & 51. Azon. in summ. C. de iur. dot. n. 17. Afflict. decis. 270. n. 3. Bald. Nouel. de dote, 7 par. priuil. 35. Rimald. in prin. inst. quib. alien. licet, vel non, n. 109.

82 ¶ Y mereçe reparo el miedo reuerencial, que se ha de presumir en dõ Gonçalo como yerno, y moço respeto de Pedro de Arriola suegro, q̃ siẽdo persona graue como era, es mayor la presuncion, ex l. si quis cum sciret. 93. de furtis, l. liberto, de obs. q. à lib. & libert. l. 2. §. quem onerandæ, ff. quarum rer. act. non detur, y mucho mayor siendo hombre de gran autoridad, y reuerencia, vt ait D. Castill. li. 3. quot. cap. 1. n. 158. 150. & 166. Cancer. 3. tom. var. c. 1. de act. & oblig. n. 88. Y quando este miedo interuiene en contrato, que es en fauor del mismo a quien se deue el respeto, es causa bastante para rescindirlo, en opinion de Socin. in reg. 71. fallent. 1. Suar. alleg. 24. n. 1. & 2. Tusch. lit. D, concl. 679. per totam, y aunque Fontanel. de pact. nupt. claus. 7. gl. 2. p. 5. n. 36. Gratian. discept. forens. p. 1. cap. 108. n. 51. Fachi. contr. lib. 2. c. 97. vers. Quibus non obstantibus, digan no ser bastante este miedo, si no concurren otras causas, no ha lugar en este caso, donde junto con el miedo reuerencial cõcurrio tan gran lesion, q̃ se prueua expressamente de mas de 70. autores, que refiere don Gaspar Hermos. in add. gl. 2. d. l. 56. n. 15. 16. & 17. el qual en el fin de este cõcluye diziendo: *Qui omnes tradunt contractus*

rescindi

rescindi ob metum reuerentialem simul cum læsione vltra dimidiam, quamuis corroborati iuramento, & nullæ probentur minæ, seu verbera, & adfuerit præsentia iudicis, seu propinquorum.

83 ¶ Y la razon de no valer el juramento, es porque siendo el acto principal hecho por miedo reuerencial, el juramento que es acessorio no vale por lo mismo, Thesaur. quæst for. lib. 1. q 51. n. 11. Borrel. in summ. tom. 1. tit. 4. Gutierr. de iur. cõfir. 1. p. c. 57. n. 11.

84 ¶ Y haze al proposito ser dõ Gõçalo menor, con que se ha de tener mas atencion a fauorecerle, y en caso necessario a restituirle cõtra el aprecio, pues cõsta del engaño por lo dicho, y de la menoria por la misma escritura dotal, donde dize tenia 18 años: y no lo niega la parte contraria, q̃ son dos requisitos necessarios para concederles la restitucion, vt de læsione, ex l. verùm, §. sciendum, de minor. l. nã & postea, §. minor, vbi DD. de iur. iur. Alex. Bald Bart. Paul. de Castro, in l. non videtur, C. de in integr. restit. de minore ætate, Bart. in l. de ætate, à num. 11. de minor. Paul. de Castro, consil. 439. n. 2. vol. 1. Bald. cons. 148. n. 4. vol. 1. & cõs. 1. n. 4. & cons 2. n. 2. vol. 4.

85 ¶ Ni importarà en contrario no estar dõ Gonçalo dentro de los 29. años, y dezir que jurò la escritura. Porque a lo primero se responde no haze al caso, auiendo auido aqui lesion en mas de la mitad, cantidad que basta a darse por ella restitucion etiam vltra quadrienium, Costa, in l. Gallus, § & quid si tãtum, n. 80. de lib. & posth. Minsinger. cent. 1. obseru 51. nu 7. Matienç in l. 1. tit. 11. gl. 8. n. 49. lib. 5. Recopil. & in dialog. relator. 3. p. c. 20. Parlad lib. 2. rer. quot. cap fin. p. 5. §. 16. n 14. Azeued in d. l. 1. tit. 11. n. 52. lib. 5. Recop. Mar. Giurba, decis. 106. n. 12. Stepha. Grat. discept. forẽs. 1 tom. c. 146. nu. 20. & alij prope infiniti, Bernard. Diaz, reg. 653. fallentia 8. el qual, aunque solo habla en la Iglesia, ciudad, y Rey, se ha de entender, y con mas razon en los menores, como bien aduirtio

Greg.

Gregor. Lopez, in gl 5. l. 8. tit. 19. p. 6. ex l. fin. eiusdem tituli: por la qual a semejança de los menores se concede el priuilegio a los demas; luego primariamente, y con mayor razon lo tienen ellos, pues a su imitacion lo participan los otros, fuera de que quando se començo este pleyto estaua dẽtro de los 29. años.

86 ¶ A lo segundo se dize, que la lesion enormissima no se excluye por el juramento, en tanto, q̃ no se necessita de relaxacion de el, Iuan Gutierr. de iur. confir. 1. p. c. 26. n. 7. in fin. Parlad. cum alijs à se relatis, lib. 2. quot. cap. 4. limit. 18. n. 49. Villadiego, in Politica, pagina 248. de la forma de libelar, ex n. 139. Ludouic. Morotius, resp. 87. nu. 19. Seraphin de priuil. iuram. priuil. 31. n. 15. Fari. in fracm. p. 2. lit. I. verb. *Iuramentum*, n. 1290. Decius, consil. 180. n. 6. Cephal. cons. 642. nu. 104. vol. 5. y aun en lesion enorme no le obsta al menor el juramento, ex sentẽtia Alois. Riccij, collect. decis. p. 1. collect. 205. vers. *Nota*, que habla en terminos de renunciacion.

87 ¶ Y menos importa dezir, que la lesion no se puede pedir passados quatro años, q̃ se dan para ello, vt tradit cum multis Hermos. in add. d. gl. 11. & 12. d. l. 56. n. 123. por no tener efeto en las dotes, en las quales la lesion aunq̃ sea en minima cantidad tiene tiẽpre lugar sin prescripciõ alguna de tiẽpo, celebris text. & in materia totius huius articuli sufficiens, in l. 16. tit. 11. p. 4. ibi: *Siẽpre deue ser desfecho*, docetq; Azeued. in d. l. 1. tit. 11. n. 34. lib. 5. Recop.

ARTICVLO VIII.

88 ¶ Este es sobre si la mejora de tercio y quinto que el Capitan Pedro de Arriola hizo a don Sebastian, diziendo expressamẽte, que se la promete, y da de los bienes que dexare al tiẽpo de su muerte, se ha de considerar juntando al acervo y monton lo que las demas hermanas auian recebido de dotes, para que sea mayor su pretension.

89 ¶ En quanto a las dotes dadas a doña Gabriela, y doña Manuela, Monjas, y a doña Maria, muger del Capitan don Gonçalo de Mondragon, antes de la escritura de mejora hecha a don Sebastian, procede sin duda no auerse de sacar el quinto, ni tercio de ellas, como lleuan todos los escritores sobre las leyes 23. y 25. de Toro, y en especial en ellas Ant. Gom. aunque Pedro de Arriola dixesse expressamente, que se sacasse de ellas, y renũciasse las dichas leyes, por auerse estas induzido en fauor de los hijos, vt tradit Gutierr. lib. 2. q. 6. nu. 1. vers. *Sed pro contraria*, y no poderlas renunciar, ni el padre que mejora, ni el hijo mejorado, vt cõtra Tell. Fern. in l. 23. Taur. à n. 4. defendit D. Molin. de primog. lib. 2. c. 2 n. 83. Angulo, in l. 7 tit. 6. de las mejoras, gl. 2. n 4. & 6. lib 5. Recop. el qual enseña no valer tal renuncia, aunque interuenga juramento, y lo siguen Aluarad., de coniect. ment. testat. lib. 3. cap 2. n 58 vers *Ea tamen*, D. Castill. lib 4. quot c. 35. n. 51. Molina, Theol. disp. 587. n. 7. dificultad, q̃ cessa al presente, dõde el padre no solo no hizo tal renuncia: antes manda se tenga consideracion a los bienes que dexare por su muerte.

90 ¶ Ni de la dote dada a D. Gracia con don Iuan Delgadillo, aunque fue despues de la escritura de mejora se avrá de sacar el tercio, ni el quinto, por no deuerse las dotes numerar, aũque la mejora sea irreuocable contradicion de escritura, o clausula de constituto, y considerarse solo para ella los bienes que quedaron en dominio del padre al tiempo de su muerte, y respeto a ellos, vt post longam disputat onem resoluit D. D. Ioannes del Castill. lib 4 quot cap. 16. ex n. 49. & c. 35 nu. 53. vbi multos refert, Iuan Gutierr. de iur. confir. 1. p. c. 59. n. 14 ibi: *Cum melioratio tertij & quinti non debeat deduci de dotibus, nec donationibus, quæ conferuntur, vt in l. 25. Tauri*: y esta escritura no tiene clausula de constituto, ni està insinuada.

91 ¶ Y quando esto padeciera duda, que no padece, nos sacò della el Capitã Pedro de Arriola,

en

en dezir hazia la mejora a su hijo de los bienes que quedassen por su muerte, con que queda llanamẽte excluydo don Sebastian de la volũtad expressa de su padre, que no quiso darle mas de prelegado, que el tercio y quinto de los bienes que tuuiesse al tiempo de su muerte, y pues los dados antes de ella a doña Gracia no serian ya suyos, como los dados a las demas, vt docet Papinianus, in l. pater filiã. 14. ibi: *Quia dos in hæreditate patris non inueniretur*, ff. ad l. Falcid. Africanus, in l. filium. 4. de coll. bonor. Vlpia. in l. 1. §. fin. in fine, ibi: *Non debet dotem eius conferre, quia in bonis eius non est*. Triphoninus, in l. fuit quæstionis. 9. in fine, ibi: *Abscessit enim à bonis patris*, de coll. dot. celebris gl. in Auth. de æqualitate dotis, §. quia vero, verb. *Semel alienata est*, lit. H tit. 8. coll. 7. no quiso hazer la mejora de ellos, ni a su respeto, y en caso tan claro no tienen lugar conjeturas, probant text. & authores relati à Velasc. in axiom. iur. lit. C. n. 141. & præter ibi laudatos D. D. Ioan. del Castill, lib. 5. cõtr. c. 10. vbi laté examinat qualiter intelligatur dicta regula, y a las palabras claras deuemos estar, idem Velasc. vbi sup. lit. C. n. 74. & lit. V. n. 84.

92 ¶ Ni importa dezir Tello Fernandez, ad l. 25. Taur. n. 3. que siendo la donaciõ de mejora irreuocable se sacarà de las dotes dadas despues della, por auerse de entender como el mismo se explica, eod. n. vers. *Ad primum igitur*, quando expressamẽte fue concierto, que la mejora tuuiesse consideraciõ al tiempo que se hizo, y no al de la muerte, y se renunciasse la ley 23. de Toro, que dispone lo contrario (en cuya interpretaciõ à n. 4. dize el poderse hazer) cuya opiniõ diximos ya ser falsa, ex D. Molina, & alijs, y que en la cuenta no se han de traer para la enumeracion las dotes estâ en vso, y es verdadera, y fundada en las leyes 19. 23. 25. y 29. de Toro, vt tradit Angul. de meior. in l. 9. gl. 3. nu. 3. Muñoz de Escobar, de ratioc. lib. 2. c. 1. comput. 1. n. 7. y todo cessa con que Pedro de Arriola haze la mejora de los bienes que fincaren por su muerte.

ARTI-

93 ¶ Auiendo mejorado en tercio y quinto de sus bienes el Capitan Pedro de Arriola a don Sebastian su hijo por Otubre de 618. por el año de 21. a 29. de Enero lo emancipò, y entregò dos viñas, vna en Campanillas, y otra en Boçacapillas, y declara ser de ningun valor, por estar perdidas; la de Campanillas vendio don Sebastian dos dias despues en 1U500. ducados; y la de Roçacapillas en 1U200. a 28. de Agosto de 623. y sus testigos dizen como tres o quatro años antes que su padre lo emãcipasse las auia desfrutado. Pretẽden los menores, que don Sebastian ha de recebir a su cuẽta la cantidad en que las vendio, y frutos que auia gozado.

94 ¶ Aunque la justificacion desta pretẽsion consta del mismo hecho de donde parece, como realmẽte procedieron de las viñas 2U700 ducados, sin tener cosa q̃ le disculpe para no recibirlos a su cuenta, sino solamente la intencion q ha mostrado de quererse quedar con todo, me ha parecido aduertir las simulaciones que tuuo la escritura de emancipacion, para que se vea con las que siempre ha procedido. No siendo la menor lo mismo, q̃ hizo pusiesse su padre, de que la viña estaua perdida para tomarsela de valde, que le hazia las escrituras q̃ gustaua, y de la suerte q̃ las disponia (como lo cõfiessa en la declaracion de la mejora de tercio y quinto q̃ le auia hecho) y siẽpre q̃ en los cõtratos se dizen palabras, con que se vituperen las cosas contenidas en ellos, como lo fue dezir estaua perdida. se presume gran fraude, y dolo, vt ex l. Iulianus, § si venditor, §. per cõtrarium, & § idem Iulianus, & ex l. 1. de act. empt l. ait prætor, § proinde, de minor. l dolũ 6 C. de dolo. resoluit gl. in l. dolus. 10. C. de rescind. vend. y corre con mayor razon, sabiẽdo don Sebastian la bondad de ellas, como quien las auia desfrutado tres años, y mas antes, de que dizen sus mismos testigos, y aunq̃ fuesse vno solo, probaret plenè contra producentem, vt ex Rom.

cons.

conſ. 104. Iaſ. in rub. de iur. iur. Crauet. conſ. 201. Cephal. conſ. 87. n. 4. Menoch. eos referens, conſ. 380. n. 9. Maſcard. concluſ. 331. n. 20 por no poder los menores hazer prouança aun de las coſas notorias, y don Sebaſtian la haze de lo que quiere, como quedò en el oficio de Teniente de general de la artilleria, jurádo en ella los artilleros, y ſubditos, cuyos dichos no han de aprouechar en lo que dixeren en ſu fauor, por ſer de ſu juriſdiciõ, l. idonei. 6. & ibi expreſſe gloſſa, verb. *Imperari*, ff. de teſtibus, Matth. Vveſemb. in paratitl. ad hunc tit. num. 3. ad med. y no ignorando ſu bondad es mayor el engaño, Maſcard. concl. 532. n. 111. Scaccia, de cõmer. §. 1. q. 7. p. 2. ampliat. 10. nu. 13. y auiendo el miſmo prouado auerla desfrutado tres años, ha de conferir lo que pudo coger.

95 ¶ La ſegunda conjetura de fraude ſe ha de induzir de las perſuaſiones que le haria a ſu padre para el otorgamiento, pues dellas ſe preſume engaño, y dolo, l. & elegãter. 7. l. cũ quis. 32. vbi Bart. l. ſeruus, §. vlt. ff. de dolo, celebris gloſſa, in l. apud Celſum. 4. verb. *Decipiendi eius cauſa*, ff. de doli mal. & met. D. D. Ant. Pich. inſt. lib. 4. tit 6 §. actionum autem. 28. q. 9. n. 9 & tit. 13. in prin. n. 18. Rolandus, conſ. 57. n. 7. Crauet cõſ. 192. n. 15. in conſ. 6. n. 98. Maſcard. concl. 532 nu. 59. Carroc. depoſ. 1. p. tit. *Aduerſus quos detur act. depoſ* nu 5. Cardoſ. prax. iudic. verb. *Contractus*, n. 18. Thom. Sanch. de matri. lib. 1. diſp. 64. n. 1. y ſe han de entender en don Sebaſtian, como en perſona que las acoſtumbraua, pues ſu padre las confieſſa en la eſcritura dicha de declaraciõ de la mejora de tercio y quinto; & malus ſemper preſumitur malus, in eodem genere mali, Gabriel Aluarez de Velaſco, in axiom. iur. lit. M. n. 29 & 30.

96 ¶ La tercera preſuncion ſe colige, de la frequencia que tenia Pedro de Arriola en hazerle eſcrituras a ſu hijo, prout ait Maſcard. concl 815. n. 5 Proſper. Farinac. de pœn. tempor. q. 89. n. 18. y ſe colige del capitulo officij tui. 38. de elect. y

aunque Crauet.de preſumpt.concl.13.à nu.6 y el miſmo Maſcard.d.concl.n.4.& concl.532.n.127. y Fari.d.q.89.à n.117.digan que eſta fraude en la frequencia de los actos, ſe preſume quãdo ay poco interualo entre vno y otro, antes esfuerçan la pretenſion de los menores, porque aunque es verdad que la emancipacion fue año de 21.a que auia precedido la eſcritura de donacion dias auia, es cierto gozò don Sebaſtian las viñas, desfrutandolas mas de tres años antes, y aſsi el hazer la eſcritura el año de 21.ſolo fue para poderla vender con quiẽ ya lo tenia tratado; q̃ ſe ve pues de alli a dos dias otorgò eſcritura de venta de la viña de Campanillas.

97 ¶ Ni ſe à de hazer caſo de los mejoramiẽtos q̃ dize hizo en ellas, pues en la de Campanillas no pudo auer algunos, no interuiniendo mas de dos dias entre el de la emancipacion, y el de la venta (aunque no le faltan teſtigos que digan la mejorò en eſte tiempo) ni en la de Roçacapillas, que tuuo deſpues coſa de dos años, pues ſolo ha prouado la labraua, y echaua algunos mugrones, q̃ no ſe deuẽ dezir mejoras: ſino labores neceſſarias, pues ſin ellas pereceria; y quando por conſtante defienden Paul.Caſtrenſ.conſ.270.lib.2.Ant.de Fano, de pignor.p.5.membro 4.nu.11.a quienes ſigue Garcia, de expenſis, c.1.n.8. q̃ plantar vna viña en vn erial no es mejoramiento, como cõcederian ſerlo el dar las labores a la ya plantada?

ARTICVLO X.

98 ¶ Muerto el Capitã Pedro de Arriola, dõ Sebaſtian eſcriuio al Alcalde mayor fueſſe a hazer inuentario, y pidiendo don Iuan Delgadillo ſe hizieſſe de todos los bienes que huuieſſe de las puertas adentro, lo reſiſtiò don Sebaſtiã, por auer ocultado gran parte dellos en vn quarto de las caſas de ſu padre, ocaſionando a don Iuan vna pendencia, porque eſtuuo preſo en ſu caſa, quedandolo don Sebaſtian en la miſma donde eſtauan, ſin dan lugar a que

que se hiziesse, y solo hizo vno simple, sin interuencion de escriuano, y por si mesmo. Pretenden los menores no auerse de estar al dicho inuentario, y q̃ se dexaron por poner en el muchas cosas, como fueron dos cintillos de oro, y vna cadena de oro gruesa, y adereço de botones de oro esmaltados para todo vn vestido, y mas de diez mil ducados en doblones, y plata, y dos sitios de casas en guadalmedina, y vno de colmenar en Cāpanillas, y otras cosas, sobre que se le ha de diferir a su padre el juramento in litem.

99 ¶ En quanto a que don Sebastian deue exhibir los botones de oro, o su valor, es negocio tan corriente, que lo saca de duda la misma confessiō, y declaracion q̃ en este pleyto hizo, de la qual cōsta auer auido tales botones, y que los vendio en 1U400. reales, sin disculparle dezir eran suyos siete años antes de la muerte de su padre, porq̃ no mostrando titulo, o causa por dōde lo justifique, se aurà de entender auer sido del dicho Pedro de Arriola al tiempo que los vendio, como lo fueron antes.

100 ¶ Ni de la escritura de la cadena de oro se ha de hazer caso, como de contrato imaginario, y ficticio, solo en orden a quedarse con ella, l. contractus imaginarij. 54. de oblig. & act. l. emptor. 12. ff. de aqua, & aquæ pluu. arc. l. cum ea. 21. C. de transact. como lo auia pretendido por modo tan estraño de fingirse robado en el camino de Velez, de q̃ podemos dezir lo del cap. 27. del Eclesiastico: *Inter medium venditionis, & emptionis angustiabitur peccatis*, y auiendo precedido aquella simulacion, solo quiso su padre escusar no hiziesse otra cosa mal parecida, teniendo por menos inconueniente darle todo lo q̃ quisiesse, que no ver cosas que no dixessen con su calidad, y fue como procurarlo contentar por aquel camino.

101 ¶ Ni la confession del padre en fauor de vn hijo, de auer recebido el precio de la cosa que le vendio, o la venta hecha con simulacion puede valer, en lo q̃ excediere el tercio y quinto de mejora,

ita Hermos.in add.gl.13 l.8.n.11.& 12. vbi infinitos cumulat, tit.4.p.5. y el hijo mejorado es incapaz de recebir mas donaciones si lo està en tercio y quinto, eleganter Scæbola, omnino videndus, in l.qui testamentum.27.de probat. l.cum quis.37.§. Titia 6.de leg.3.l.si fortè 8.de castrens.pecc. y cõsiderando que don Sebastian estaua mejorado en ambas mejoras por su padre, se saca en limpio auer sido incapaz de otras donaciones, y lleuarà demas el valor de la cadena si no se declara no auer de estarse a la venta della, y en essa cantidad los otros hijos quedaràn grauados en sus legitimas. Y aunque el afecto paternal sea grande, y general para con todos los hijos, l. neque in ea, § qui occidere, ad l. Iul.de adult.l.fin.C.de cur.furios. este amor no quita la sospecha de fraude, y simulacion, Ant. Gom. in l.45 Tauri, n 86.vers. *Octauo cõfirmatur*, & 1.var. c.12.n.81.vers. *Item etiam infertur*, Tiraq de vtroq; retract.tit. *de retract lignag*.§.1.gl.18.n.80.

102 ¶ Ni importara dezir, que del Capitã Pedro de Arriola no se auia de presumir tal agrauio a los demas hijos. A que se responde, que el impulso que a ello le mouio fue ver, que vno que lo era suyo huuiesse imaginado cosa tan agena de quiẽ era, fingiendose robado, vt ait Cicero, paradox. ad M. Brut paradox.1. *An putamus quemquam bonum cogitasse quidquam in vita sibi expetẽdum, nisi quod laudabile esse, & præclarum, videretur*, y que quiere dezir hõbre de bien, y que tiene obligaciones de tal? sino q̃ los Caualleros, y gente calificada deuen proceder con bondad, y virtud; y bondad tan solamente es, teste M.Tullio, vbi sup. *si quid rectè fit, & honestè, & cum virtute id benè fieri rectè dicitur, & quod rectum, & honestum, & cum virtute est, id solùm opinor bonum*; y sentia que no procediesse muy ajustado, siendo persona que por su atoridad, calidad y partes era tan conocido, y sabia, *quod nulla possessio, nulla vis auri, & argenti pluris quam virtus æstimanda est*. Y se respõde tambien, que la sospecha cessa quando la persona en fauor de quien se haze es agena della, como si fuesse

fuesse en el de algun estraño, y perjuyzio de los hijos, vt ait Tiraquel. vbi sup. n.87. no quando es en fauor de otro hijo, que la trae consigo.

103 ¶ De que concluyo, que las donaciones, o ventas supuestas hechas por el padre, siendo en fauor de los estraños no valen, si exceden del quinto, y si fueren por fauor de vn hijo, y detrimento de los demas, si exceden el tercio y quinto, ita ex tit. C. de inof. dot. & ex l.26. & 27. Tauri, tradit D.D. Ant. Pich. inst. lib.4. tit.6. §.4. n.15. in fine, por ser la demas hazieda legitima de los hijos, en que son acreedores, cap. Raynuntius 16. c. Raynaldus. 18. de testamentis, y deuerse hasta la legitima reuocar las donaciones, o vẽtas simuladas, l. videamus. 38. §. in Faviana. 4. de vsuris, l. si successione. 2. C. de reuoc. his quæ in fraud. cred. §. item si quis, inst. de act. totis titul. quę in fraud. cred. & si quid in fraud. patr.

104 ¶ Y se ha de condenar a dõ Sebastian en pena de auer sido participante de la simulacion, ita Hermos. in add. d. gl.13. l.8. nu.13. y ser el autor de ella, se colige de que quien intentò vna cosa tã agena de su persona, visto que por este modo no auia conseguido quedarse con las joyas, menos que cõtandolas a su cuenta, y pareciendole que con la escritura de venta cessaria, persuadio a su padre, que se la hiziesse a su modo, a que assentiria por escusar otra ficcion, que deuia presumir, en quien auia intentado vna, *auisus, enim, auisum inuocat*, Psalm. 41. y lo ha mostrado don Sebastian bien en el discurso deste pleyto, que juzgando aprouecharse de dezir auia tratado en vinos, para quedarse con las casas, y almacen de sal, que hizo fabricar cõ el dinero de su padre no lo escusò, siendo alegacion supuesta, y cosa q̃ desdezia de su persona, grauedad, y nobleza de su padre. mas dirè con Cicer. vbi sup. paradox. 6. *Sin autem propter auiditatem pecuniæ nullum quæstum turpe putat.*

105 ¶ Y se ha de reparar como en fundamẽto principal, en que los contratos se presumen simu-

lados, siendo entre personas conjuntas, l.data.27. C.de donat.Prosper.Fari.de falsitate,q.162. n.187. Giurb.cons.54.n 3.multos referens, Flaminio,de confidentijs,q.75 n.1 Peguera,decis.50. n. 3. Menoc.cons.430.n.11.Mascard.concl.815.n.65.D. Præses D. Ioan.Baptista de Valenç.Velazq. cons. 19.n.28.y quien duda no auer otras,q̃ lo sean mas, que padre,y hijo, pues se reputan por vna persona misma,l.nec cum filio.16.de furt. l. vlt. C. de impub.& alijs substit.ibi: *Cum & natura pater, & filius eadem esse persona intelligantur*, con que el contrato hecho entre ellos se presumirà simulado, y si dolo serà ipso iure nullo, Ias.in §. item si quis in fraudẽ, n.7.inst.de actionibus,y assi le llama Baldo,in l.ab Anastasio, nu.4. C.mand. & in l.1.C.plus valere, *Contractum depictum, & corpus sine anima*, y no transfiere dominio,ni possessiõ,antes queda la cosa por del mismo dueño, Bart. in l. emptor, ff. de aqua pluu.arc.Natta,cons.446.Afflict.decis.40. n.17. Rotta Genuẽs.decis.184.n.18.y como dixo Paulo, in l.nuda.55.de contrahend.empt.la venta fingida no consiste ni tiene ser, y la cosa vendida no queda enagenada; de que se sigue no auer enagenado Pedro de Arriola la cadena, y consiguientemẽte auer quedado señor della, y auerse de poner en el inuentario, y partir entre todos los herederos, pues la herencia es sucessiõ vniuersal en todo lo que el difunto tuuo al tiẽpo de su muerte, & est ratio, quia attenditur quod est in veritate, & non quod partes fingunt, Afflict. decis.72.n.10.

106 ¶ Y demas de auer de presumir simulada esta venta, està comprouado, porque la simulacion se prueua por conjeturas, y se descubre por indicios, l.sed si maritus.14. §.fi.ff.qui & á quibus, l.si mulier,in prin.ff rerum amotarum,l.dolum.6. C.de dolo,cap.vlt.de renuntiatione,in 6 Bart.cõs. 65 Cœpol.de simul.cõtract.c.1 Afflict.decis.40. n.fin. Rotta Auenionen.decis.67 Caualc. decis. 1. de contract. p.2. y que indicio ni conjetura puede auer mas descubierta? q̃ auer fingido antes le auian

robado

robado ladrones en el camino de Velez, y quitadole esta cadena, cintillo, y botones de oro, y luego como se supo auia sido incierto, hazer con su padre le otorgasse venta della, a que ajusta lo de Ias. vbi sup. n. 8 ibi: *Nota quod volens probare actum, vel contractum simulatum, habet necesse probare, & deducere simulationem ex his, quæ gesta fuerint inter ipsas partes ante quam peruenirent ad contractum, quia de gestis post contractum non potest deduci simulatio.*

107 ¶ Y constando aqui in genere de la ocultacion de bienes en el inuẽtario, como en todas las pretensiones, en que los menores piden se defiera la liquidacion en el juramẽto de su padre, no se les puede negar, l. 1. §. si quis argẽtum, ff. depositi ibi: *Vt si de quantitate ponderis incertum est, iurãdi succurratur*, l. si cui dos. 18. §. Sabinus, ff. rerum a mot. l. si quando, C. vnde vi, cap. super eo. 7. de ijs quę vi, l. 9. tit. 10. p. 7. vbi Greg. verb. *Iuraren*, & in l. 4. tit 7. p. 5. verb. *El concejo, o el señor*, Farinac. de furtis, q. 176. 2. p. nu. 47. & 48. Ant. Gom. 3. tom. var. c. 4. in fine, Ioan. Baptista Costa, in tract. de retractu, casu 4. c. 9. n. 9. Alex. cons. 103. lib. 1 nu. 4. Bart. in l. admonendi, col. 8. nu. 41. ff. de iur. iur. Borrell. in sum. decis. tit. 54. n. 59.

108 ¶ Y concurre no ser justo fauorecer a don Sebastian, que siempre ha procedido con engaños tã conocidos, como son casi sin numero los que ha vsado en este pleyto, especialmente en la pretension presente, de dar a entender queria hazer inuẽtario, y llamar al Alcalde mayor, que porque lo quiso hazer de todo lo que huuiesse de las puertas adentro, lo hizo pendencia, porque no se viesse lo que auia ocultado en vn quarto de la casa, que dezia era suyo, como si fuesse muy dificultoso auer mudado todo el dinero, y joyas al dicho quarto, en que mostrò conocida malicia; y mal se puede presumir haria inuentario ajustado por si solo, el que lo auia rehusado con interuencion de la justicia, y mas siendo llamada por el, *Qui male agit odit lucem*, Prouer. concurriendo, q̃ por la pendencia, que oca-

ocasionò, para meterlo como dizen a barato, puso preso el señor don Pedro Pacheco, del Consejo de guerra de su Magestad, oy Marques de Castro fuerte, a don Iuan Delgadillo en su casa, dexando a don Sebastian en la misma donde estauan los bienes, cõ que le dio lugar a quitarlos de delante, como lo hizo: y auiendo tan grandes indicios, y desto algunos testigos, se deue diferir el juramento in litem, aunque sea en mucha cantidad, aun quãdo no huuiesse mas que semiplena prouança, tradunt Ioseph Ludo. decis. Perusina. 100. n. 7. & 8. *vt de semiplena probatione, vt iuramentum in litem deferatur*, Farin. in fracment. 2. p. verb. *Iuramentum*, n. 1118. gl. in l. admonẽdi, verb. *Exacto iureiurando*, de reg. iur. Cæs. Bar. decis. 50. à n. 20. Mascard. concl. 957. n. 8. And Gail, lib. 1. obseru. 108. per to . & nu. 6. ibi: *Secundùm hanc opinionem in Camera, in quadam graui causa iudicatum memini, in qua post conclusionem actori semiplene probanti, ex officio iuramẽtum necessarium detulerunt.*

109 ¶ Y se muestra bien de la ficcion del robo, no hazer almoneda publica, aũque por los menores se pidio, y aora vltimamente en los arrendamientos poner en la escritura menor precio que el verdadero, y otros muchos (*nam læsa pudicitia est, deperit ille semel*, Ovid. Oenon. Paridi) q̃ se hallaràn en el discurso del pleyto, y es en esta materia tan sabido (*habitatio eius in medio doli*, Ierem. cap. 9.) que solo aquellos, que de su naturaleza son patentes se reparan, y interuiniendo dolo se deue dar contra el que lo vsa el juramento in litem, Alex. Trẽtacinq. var. lib. 1. tit. *de interesse*, resolut. 1. à n. 89. Borrell. in summ. decis. tit. 52. n. 42. Seraphin. de priuileg. iur. priui. 31. n. 96. & eius Additionator, n. 64. Mascard. de probat. concl. 931. aliàs 930. n. 15. Rebuf. in repetit. l. vn. nu. 26. C. de sent. quæ pro eo, Tusch. verb. *Iuramentum in litem*, concl. 538. num. 14. pro omnibus, Farin. fracm. 2. p. lit. I. à num. 990. & nu. 1053. que lo demas fuera abrir camino a fraudes, y auiendolas de presumir en dõ Sebastian, siempre

tendrà

tendra lugar el juramento in litẽ, vt multis laudatis dixit Hermos. in add. gl. 6. & 7. l. 8. n. 30. tit. 3. p. 5. que en el n. 31. dize auerse de seguir esta sentencia, tam in iudicando, quàm in consulendo.

110 ¶ Prueuase, de que en los juyzios de buena fe se deue dar el juramento in litem, l. in actionibus. §. de in litem iurando, Hermos. in add gl. 7. l. 43. n. 9. tit. 5. p. 5. Farin. vbi sup. d. n. 990. ni se puede negar ser el de particiones juyzio de buena fe, §. actionum autem. 28. ibi: *Familiæ erciscundæ*, inst. de act. l. non est ambiguum. 9. C. fam. ercisc. l. fin. §. licentia, C. de iur. delib. exornant DD. in dictis locis, & D. Pich. in d. §. actionum. 28. q. 25. & in §. quędam actiones. 20. inst. de act. Farina. vbi sup. n. 991. & 996. vers. *Duodecimo*; luego en este juyzio nõ se deuerà negar a los menores el juramẽto, que para la liquidacion tienen pedido, l. si quando cum Diui, l. in bonæ fidei, C. de in litem iur.

111 ¶ Y ya que he dicho doctrinas generales por comprehender todos los casos, en que los menores piden el juramento in litem, y especiales en este, quiero aora hablar mas indiuidualmente en terminos de inuentario, y se ha de aduertir, que se difiere juramento in litem cõtra el que no lo haze, Farin. vbi sup. à n. 1062. vsq; ad 1117 pręcipuè à n. 1107. Tusch verb. *Iuramentum*, concl. 538. n. 24. & 28. y lo mismo es no hazer inuẽtario, que hazerlo como lo hizo don Sebastian, Ant. Faber, de error. prac. decad. 2. err. 9. & à maioritate rationis, pues defertur iuramẽtum in litem, sin otra falta mas de la de la confusion, Farin. vbi sup. n. 1074. pues con quanta mas razon, quando ocultô, armò pendencia, y quando al que hizo le faltan todas las solemnidades, como se verà de Tuscho, verb. *Inuẽtarium*, concl. 349. per totam; no ignorando deuia hallarse presente el Alcalde mayor, y el escriuano publico, pues de su orden auian venido primero, y se ve fue acto hecho a sus solas, y clandestinamente, de que se presume gran dolo, cap. cum inhibitio, de clandest. spons. cap. 1. vt eccles. benef. l. 1. C. de interd.

matr. inter pup. & tut. &c. Tiraquel. de retract. cōuent. in præfat. n. 13. & de pœn. temp. casu 11. Mascard. de probat. concl. 532. nu. 43. & 44. & concl. 815. n. 13. Menoch. lib. 3. præsumpt. 122. num. 90. & lib. 5. præsumpt. 3. n. 107. Farin. de pœn. tēpor. q. 89. n. 130.

112 ¶ Y es cosa que se ha de notar no auer presentado original el simple inuētario que hizo, sino vn traslado autorizado sacado del, que fue con intento de que no se reparasse en si el original era o no instrumento publico, ni se huuiera aduertido si no fuera conociendolo.

113 ¶ Y siendo cierto, que stante ratione legis viget eius dispositio, l. Gallus, §. quidam rectè, de lib. & posth. l. scio quæsitum, de testam. se ha de diferir a los menores el juramento que piden, pues les assiste la razon de la ley, que es la del cap. ex literis 32. de iur. iur. ibi: *Ne igitur ex huiusmodi iuramenti defectu iustitia occultata veritate succumbat.*

114 ¶ Y en nuestros mismos terminos tenemos lugares expressos, bastādo por aora el de Muñoz de Escobar, de ratioc. c. 9. n. 18. donde como en los antecedentes huuiesse dicho, que los tutores, administradores, y herederos deuian hazer inuentario, hic subiungit: *Quod non aliter tutores, & similes obligationi conficiendi inuentariū satisfaciant, quā si inuentarium solemniter confectum coram iudice, & tabellione, aliàs aduersus eos iuramentū in litē deferri possit.*

115 ¶ Y aunque es verdad, como dize este autor, n. 24. que los herederos estan obligados a hazer inuentario solemne (& vt ait n. 25.) y por dexar alguna solemnidad se presume dolo, causa bastāte para diferirse el juramento, quando esto cessara, y que don Sebastiā no tuuiera obligaciō de hazerlo, no pudo auer cosa que le escusasse, auiendo pedido don Iuan Delgadillo hiziesse inuentario solemne, tradit Escobar, vbi sup. n. 28. ibi: *Licet administratores, qui priuatam administrationem susceperūt, simplicem tantum bonorum descriptionem facere, & in rationibus producere teneantur, hoc tamen intelligi debet nisi ab eo,*

ctiis interfuit non fuit petitũm, vt solemne inuentarium conficeretur, ipso tamen hoc petente, proculdubio solemne inuentarium, & fieri, & produci deberet, quod si neque fecerit, neq́ produxerit administrator aduersus eum iuramentum in litem defertur.

116 ¶ De todo lo qual queda auer por lo menos de condenar a don Sebastian en el duplo de lo ocultado, ex l.fin.§.licẽtia.10.de iur.delib. Tusch. verb. *Inuentarium*, d.concl.349.n.41.& cum pluribus Muñoz de Escobar, de ratioc.d.cap.9.nu.6.17.&69.Faber, de err.dec.2.error.5.

ARTICVLO XI.

117 ¶ Muerta doña Mariana Enriquez, doña Manuela de Arriola su hija, siendo Monja nouicia en el Conuento de señora santa Clara, con licencia de su padre, que no jurò, ordenò su testamento, en q̃ dexa por sus herederos a don Sebastiã, y doña Maria de Arriola en la herencia que le pertenecia de su madre, y la que le auia de tocar por muerte de su padre, mejorando en tercio y quinto a dõ Sebastian; ni en el testamento huuo juramento. Pretenden los menores no auerse de hazer caso del, y auer sido lo mismo que si no huuiesse testado.

118 ¶ Lo primero que padeze este testamẽto, es la falta de jurarse, que comprehendiendo dos legitimas, vna que ya estaua diferida, como era la de doña Mariana Enriquez, aunque para testar en quanto a esta no era necessario (porq̃ lo que le faltò diremos despues) para en quanto a la que auia de pertenecer por fin de Pedro de Arriola lo era como en acto donde se trataua de futura sucession, ex cap. quamuis pactũ, vbi scribentes, de pactis, in 6. y aunque en el habla el Pontifice en testamento, se deue estender, pues prohibido vn acto, o disposicion, se entiende prohibido todo aquello por dõde se viene a el, l. oratio, de spõsali.l.cum lex, de fideiius.l.quod dictum, de pactis, l. quæritur, l.quod si pater, de bon.libert. l.non minus, de hæred. inst.l.

nec per se, C. eod. y lo demas fuera ocasion de defraudarlo, y pues à la naturaleza del testamento no repugna el juramento: antes puesto obra, vt docet Ant. Gom in l. 3. Taur. n. 95. Didac. Perez, in l. 1. tit. 2. lib. 5. ordinam. vers. *Hodie tamen*, Barbos. in l. 1. p. 1. n. 80. solut. mat. Gutierr. in auth. sacramẽta puberum, C. si aduers. venditionem, nu. 159. todas las vezes que en el se contuuiere futura sucession, y no se jurare, quedarà en terminos de derecho ciuil, por el qual es inualido, docet Pontifex, in d. c. quamuis pactum, Iureconsultus, in l. fin. de suis, & legit. l. quod de bonis, §. 1. ad falci. l. stipulatio hoc modo cõcepta. 61. de verb. obligat. l. qui superstitis, l. neminem, l. qui hæreditatem, l. hæres, cũ alijs, de acq. hæred. l. 1 de hæred. vel act. vend. l. 1. ff. pro hærede, l. 2. §. si dubitetur quemadmod. testa. aperiant. l. pactum dotale, C. de collat. l. pactum quod dotali, l. fin. C. de pactis, l. si quando, §. 1. C. de inof. testam. l. ex instrumento. 4. C. de inutil. l. cum donationis, C. de transact. l. nec nos, C. de postlim. reuers. l. 33. tit. 11. p. 5. vbi gl. 2. Ant. Gom. in l. 22. Taur. Donel. in d. l. vlt. C. de pact. præcipue n. 10. & 11. tenent relati à Barbos. in collect. ad d. c. quãuis pactum, nu. 2. y este capitulo comprehende no solo la renuncia en fauor del padre, sino de los hermanos, vt docet idem Barbos. ibi n. 9. con que no se pudo escusar para su validacion.

119 ¶ Lo segundo se aduierte, que aũque por derecho comun los hijos de familias no podiã testar, aunque sus padres les diessen licencia, l. qui in potestate. 36. l. filius fam. 19. de testam. l. tam is. 25. §. 1. de donat. caus. mort. l. filius fam 6. in fin. de donat. l. senium. 3. §. 1. l. nemo, & l. 11. C. qui testa. fac. poss. l. fi §. filijs autẽ, C. de bon. quæ lib. §. 1. instit. quibus non est permis. &c. de quo ibi latè D. Pich. nam lege duodecim tabularum patres familias tãtum erant comprehẽsi, de qua in l. verbis legis. 12. l. sæpè. 53. l. 130. de verb. sign. l. 1. ad l. falcid. l. 1. in prin. C. de sacros. Eccles. §. 1. inst. de leg. falcid. Nouel. 22. cap. 2. vers. *Disponat*, & Nouel. 1. in fine,

Vlpian.

Vlpian.in fracm.tit.1. § 9. & tit. 11. §. 14. retulit eam Rosinus, lib.8.antiquit. Roman.cap.6. explicat Donel.8.comment. cap.1. eleganter D.D.D. Melchior de Valencia, nulli secundus, tract.1. delegat.cap.1.n.4. D.D. Martinus Nieto, in manuscript. de præleg.cap.1.n.1. Oy por la ley 5. de Toro los hijos de familias siẽdo de edad legitima pueden hazer testamento como si estuuiessen fuera del poder de su padre, con que no dispongan mas de en el tercio de sus bienes, como lo declara la ley 6. de Toro, por deuerseles a los ascendientes su legitima, l.scripto 7. vnde liberi, l.1. l. pater.14. celebris tex. in l.nã & si parentibus. 15.l.aduersus.30. de inof.testam.prin.inst.eod.l.si quis.5.§.si vel parẽs, & §.seq.de lib.agnos.l.iure succursum, de iur. dot.auth.de hæred & falcid.in pręfat.circa fin.tit. 1.coll.1.l.1.vers. *A lo que diximos*, tit.8. p.6. l.1.tit. 8.lib.5.Recop.cõmuniter ordinarij, in d.iuribus, & relati à D.D.D.Melchiore de Valencia, tract.1. de lib.& posth.cap.2. n.15.ad med. en que el descẽdiente no les podrà perjudicar si no fuere dandole licencia para hazerlo.

120 ¶ Esta deue ser jurada, y no auiendo interuenido juramento en la que dio para testar a D. Manuela de Arriola el Capitan Pedro de Arriola su padre, fue ninguna, y de ningun efeto, y su padre fue heredero necessario, porque tal licencia cõtiene pacto de futura sucesion, pues por ella se aparta el padre de la que le pertenece a los bienes de sus hijos.

121 ¶ Esta dotrina es comun, y la tiene Ant. Gom.in l.22.Tau.n.3.ibi: *Teneo quod sicut filius, vel descendens non potest renuntiare successioni patris, vel ascendentis: ita è contra pater, vel ascendens non potest renuntiare successioni filij, vel descendentis, & consequẽter licentia á patre concessa filio ad testandum in sui præiuditium non valet nisi iuramento firmata sit*, sequitur Cornejo eius additionator, n.3.

122 ¶ Docet etiam dictum á nobis Thomas Sanch.de matrim.lib.6.disp.4.n.19.ibi: *Exigitur,*

Q tamen

tamen iuramentum parentis, vt hæc licẽtia testãdi valeat, aliàs non valebit, & ea non obstante erit parens hæres necessarius, quia ille consensus, vel licentia continet pactum de non succedẽdo. Et nouissimè amplectitur Hermos. in add. gl 8. l. 11. tit. 4. p. 5. n 6. ibi: *Necessarium esse iuramentum parentis, vt hæc licentia testãdi valeat, aliàs ea non obstante erunt parentes hæredes necessarij:* y assi lo defienden fuera de los alegados Tello Fernandez, in l. 6. Taur. n. 63. ad med. & nu. 64. Cervantes, in eadem l. n. 74. & 86. Azeued. in l. 1. n. 24. & 79. tit. 8. lib. 5. Recop. D. Moli. lib. 2. de primog. c. 3. n. 50. Aluarad. de coniect. mẽt. defunct. lib. 2. cap. 2. §. 1. num. 69.

123 ¶ Es tambien sentencia de Iuan Gutierr. in cap. quamuis pactum, de pactis, in 6. n. 50 in fin. ibi: *In nostro tamen casu licentia à patre præstita filio testandi, & consensus non est contra bonos mores, vt supra dictum est, & ideò iuramento firmatur.*

124 ¶ Ni este Autor en el lib. 3. de sus practicas, q. 76. n. 6. importa, en dezir que vale la licencia sin juramento, mas que se puede reuocar, a que satisfaze Thom Sanch. de matrim. d. lib. 6. d. disp. 4. n. 21. ibi: *Vtrùm autem hæc testandi licentia legitimè semel cõcessa interueniente iuramẽto, possit per parẽtes reuocari? Gutier. lib. 3. pract. q. 76. n. 6. & sequentibus asserit, quando firmatur iuramento minimè posse reuocari, quando autem iuramentum deficit si res sit integra, quia nondum filius testatus est posse reuocari; secus si res non sit integra: sed dicendum est iuramento non intercedente minimè esse validam.* Et n. 19. ibi: *Quamuis ipse Gutier. 3. pract. q. 76. n. 6. teneat valere licẽtiam absq; iuramẽto, licet iuramento non accedente reuocabilis sit: sed veriùs est quod dixi.*

125 ¶ Y se prueua en esta forma, al padre quãdo da licẽcia de testar a su hijo aũ no se le à diferido su herencia (no auiendo herencia de hombre viuo, l. qui superstitis, de acqui. hæred. l. 1. de hæred. vel act. vend. l. 2. de vulgari, Velasc. in axiom. iur. lit. V. nu. 148. ni pudiendo aunque quiera adquirirla acetãdola) luego la licẽcia no le perjudica de presente,

ſente,ſino de futuro, y es aſsi, que quando el pacto ſobre la herencia de viuo no perjudica ſino de futuro,lo es de futura ſuceſsion; luego deuiendoſe al padre la herencia del hijo,como emos dicho, la licencia que para teſtar en ſu perjuyzio le da es pacto de futura ſuceſsion, y no valiendo tal pacto ſi no es jurado,la licencia del padre para que ſu hijo teſte en que no huuiere juramento,no valdrà.

126 ¶ Confirmatur,el padre puede dar licencia a ſu hijo para teſtar de los bienes adquiridos,digamos heredados de ſu madre,porque eſta herẽcia aun no la tiene adquirida el padre(Gutier.de pact. vbi ſup.n.20. que ſi la tuuiera no pudiera perjudicar a los hijos en mas del tercio entre ellos, y el quinto entre eſtraños) la herencia pues que no tiene adquirida es futura ſuceſsion viuiendo el hijo: luego la licencia para teſtar perjudica a futura ſuceſsion,y no pudiendo valer pacto de ſuceſsion futura ſin juramento, la licencia q̃ no lo tuuiere ſerà inualida.

127 ¶ Prueuaſe el intento con eſta razon, ſacada de la gloſſa fin.en el dicho cap.quamuis pactum. El pacto de futura ſuceſsion jurado, ſegun q̃ eſtà jurado reduplicatiuè loquendo, perjudica al que lo hizo,y lo jurò, y a ſus deſcendientes: luego el pacto de futura ſuceſsion no jurado no perjudicarà al que lo hizo,ni a ſus deſcendientes;y es aſsi, que el padre dando licencia de teſtar renuncia la futura ſuceſsion de ſu hijo: luego no ſiendo la licẽcia jurada no dañarà al padre, ni a ſus deſcendientes: luego no auiendo Pedro de Arriola jurado la licencia que a doña Manuela ſu hija dio para teſtar,no le fue de perjuyzio a el,ni lo ſerà a ſus hijos.

128 ¶ Y quando a vn acto le falta vn requiſito de los ſuſtanciales ſe deſtruye todo,l.cum hi,§. Prætor, de tranſact. cap. quæ ipſis. 5. 38. diſtinct. vbi gl.verb.*Vnum*, Viuius,deciſ.24. num. 5. & 15. Alex.conſ.9.n.3.Eſcobar,de ratioc.cap.16.nu.30. faltando a eſte teſtamento de doña Manuela dos tã neceſſarios,como ſon los juramẽtos q̃ emos dicho,

ſe

se ve claro no ser de importancia, resistiendole el dicho cap. quamuis pactum, a cuya obseruancia estã obligados los juezes seglares, gl. in d. c. verb. *Obseruari debebit*, cap. licet, de iur. iur. multis Barbos. in collect. ad d. cap. quamuis pactum, n. 29. Y se aduierte como tenia gran cantidad recebida D. Manuela en la dote que se le dio, gastos de entrada, y professión, ajuar propio, y del Conuẽto, y otros.

ARTICVLO XII.

129 ¶ Auiendo muerto doña Mariana Enriquez por Nouiembre de 99. y quedado siete hijos, de ellos San Iuan de Arriola murio por Abril de 607. en la batalla q̃ se dio en el puerto de Gibraltar entre la armada Real de España (donde seruia) cõ la de los Olandeses, y el Padre Maestro fray Iorge se entrò Religioso en la Orden de nuestra Señora de la Merced, y por el año de 609. renunciò el Cõuento en su padre las legitimas del dicho Padre fray Iorge por trecientos ducados que les dio, y demas desto doña Mariana en su testamento le dexa por los dias de su vida 200. ducados, doña Gabriela se entrò Monja en santa Clara, y por Enero de 611. renũciò en su padre sus legitimas por 800. ducados que dio por dote al Conuento, y mas el ajuar ordinario, y propinas. Pretẽde don Sebastiã, que las tres septimas partes de los dichos se han de adjudicar al capital de Pedro de Arriola: y los menores, que los dichos estauan pagados, San Iuan cõ los gastos que su padre hizo con el, y dineros que le dio para que fuesse, y assistiesse siruiendo a su Magestad, y viages que hizo a la Corte a pretẽder, y el Padre fray Iorge, y doña Gabriela con lo que han recebido. Y tambien pretenden, que don Sebastian ha de recebir a su cuenta dos mil ducados que su padre gastò en los achaques prolixos que tuuo, de que se fue a curar a Granada, Seuilla, Alhama, y otras partes.

130 ¶ En quanto a si el Padre Maestro fray

Iorge

Iorge con las cantidades referidas està pagado ò no de la legitima que le tocò de su madre, se verà al hazer las cuentas, y por esso no me detẽgo en ajustarlo.

131 ¶ Lo que se ha de aduertir es, que la dote, y propinas que se dierõ a doña Gabriela de Arriola las ha de conferir, y recebir a su cuenta. En quãto a la dote, es negocio llano, y opiniõ assentada, pues el padre la da por causa necessaria q̃ a ello le obliga, Ant. Fab. de error. prac. decad. 41. err. 1. & in suo Codice, lib. 3. tit. 19. de inof. testam. defin. 31. y en terminos de la dote q̃ se da a la hija que entra Mõja, Bart. en la ley 1. §. si vel parens, ff. si à paren quis fuer. man. nu. 1. Alex. y Ripa, en la ley in quartam, ff. ad l. falcid. n. 155.

132 ¶ En quanto a las propinas, tambien es resolucion ordinaria, que se han de cõtar a la cuẽta de doña Gabriela, como lo enseña en terminos Velasc. de particiones, c. 13. n. 37. Ant. Gom in l. 29. Taur. n. 14. Menchaca, de succes. creat. §. 30. n. 251. Manguil. de imputat. q. 14. nu. 40. Peregr. de fideicom. art. 36. n. 133. Paris. cons. 62. n. 6. vol. 3. Sousa, in repetit. §. actionum, n. 85. & nu. 50. inst. de act. el qual en el n. 52. dize, que no solo se han de contar las propinas, y ajuares, propio, y del Conuẽto, sino tambien lo q̃ se gastare en dar de comer a las Monjas por la festiuidad de la entrada, y profession.

133 ¶ Y se ha de mandar contar a la cuenta de don Sebastian los dos mil ducados de sus curas, y a la de San Iuã de Arriola otros dos mil, que gastò en la guerra, y pretensiones, para lo qual se ha de aduertir, que quando hizo con ellos Pedro de Arriola estos gastos era ya muerta su muger, y siendoles el padre deudor de sus legitimas maternas, se ha de entender ser por cuenta de ellas, por cessar la presuncion de liberalidad quãdo se puede tomar otra conjetura, l. cum indebito. 25. de probat. Andr. Tiraquell. in l. si vnquam, verb. *Donatione largitus*, nu. 206. C. de reuoc. donat. Iacob. Menoc. 2. de arbitr. cent. 1. casu 88. per totũ. Y dexase biẽ creer auerlo

hecho

hecho con animo de pagarles, y compensarles con los gastos la legitima de madre de que les era deudor, arg. text. in l. si cum dotem. 22. §. si pater, solut. mat. l. cum post mortem. 43. §. 1. de admin. tut. textus capitalis, in l. Nessennius. 34. de neg. gest. con quien concuerda la ley 36. tit. 12. p. 5. vbi Gregor. verb. *Bienes de ellos*, l. filius. 58. de petit. hæred. omnino videnda, Ant. Gom. in l. 29. Taur. nu. 16. vers. *Quod tamen limita, & intellige*, pulchrè Matienç. in l. 3. gl. 2. n. 7. tit. 8. lib. 5. Recopil. D. Gaspar de Hermosilla, ad glos. 6. l. 3. n. 8. tit. 4. p. 5. que en el n. 9. lo amplia de qualquiera especie, o calidad que seã los bienes del hijo, que estan en poder de su padre.

134 ¶ Ni es mala consideracion la que se hiziere sobre la ley vlt. C. de dot. promis. donde para q̃ la dote dada a la hija por el padre q̃ le era deudor de los bienes de su madre, ò de otros, no se entiẽda ser por cuenta de la deuda, sino prouenir del oficio paterno, que es dotar, fue necessario que la ley lo expressara; luego en lo q̃ no fuere dote se juzgarà gastarlo el padre por cuenta de los bienes que del hijo tiene, en terminos de quãdo el padre paga alguna condẽnaciõ por vn hijo, que tenia bienes maternos, lo tiene Ant. Gom. vbi sup. n. 20. Iuan Gutierr. in repetit. §. sui, de hæred. qualit. & difer. nu. 93. Manguil. tract. de imputat. q. 40. à n. 22.

135 ¶ Ase de atender tambien, a que si el padre gastare con los hijos sustentandolos fuera de su casa cantidad que exceda al ordinario, que viuiendo en ella auia de darles, todo lo que sobrepujare se les ha de contar, e imputar, vt pulchrè tradit D. Ant. Pich. lib. 4. inst. tit. 6. §. 20. art. 3. nu. 51. ex Bart. Salic. & alijs, por no poderse presumir donacion, y aqui corre mayor justificacion de no presumirse, siendo Pedro de Arriola deudor a sus hijos de las legitimas de su madre.

136 ¶ Y si todo lo dicho cessara en el caso presente, donde el Capitan Pedro de Arriola Morejó mejorò despues a don Sebastian en tercio y quinto, diremos auerle de cõtar los gastos de sus enfermedades,

dades, y a San Iuan los q̃ causò en la guerra, y pretensiones, porque lo que se dize por los Doctores, que las donaciones y gastos que los padres hazen con los hijos son en dos maneras, o voluntarios, ò de causa necessaria, que los necessarios se cuẽtan e imputan, y los voluntarios no, se ha de entender no imputarse en la legitima, sino primero en el quinto y tercio, y presumir en ellos mejorado al hijo, y que los necessarios se han de imputar, y contar primero en la legitima: no que los hijos con quienes se hizieron tales gastos ayã de lleuar legitima, tercio y quinto, y mas los gastos volũtarios, y assi recibe la comũ opiniõ deriuada de la ley 26. de Toro, y con este aditamento, post Ioan. Matienç. in l. 3. tit. 8. gl. 2. n. 2. & 8. lib. 5. Reco. & Iacob. Valdes, in add. ad Roder. Suar. ad l. quoniam in prioribus, 5. q. principali, lit. E. D. D. Ant. Pich. vbi sup. n. 20. & tenet Gregor in l. 3. gl. 3 tit. 4. p. 5. y constando estar mejorado de su padre, no se lo ha de querer lleuar todo, rehusando recibir sus gastos a su cuenta, y que a la de San Iuan se pongan los suyos, no pudiendose los demas hijos grauar en su legitima.

137 ¶ Y si se reparare, que quando los gastos de San Iuan no estaua mejorado don Sebanstiã. Se responde (q̃ quando no se entendiessen como emos prouado auer sido por cuenta de la legitima de su madre) se auia de presumir mejorado en ellos el dicho San Iuan, y no pudiendo Pedro de Arriola mejorar mas de en vn tercio y vn quinto, en todo lo que a San Iuã quisiere presumir mejorado, que serà en los dos mil ducados que piden los menores, se ha entender no estarlo don Sebastian, y auersele de baxar de la mejora que despues le hizo su padre, sus gastos, y los de San Iuan.

138 ¶ Confirmase este intento, de ser cierto q̃ el padre en muerte y en vida tan solamente puede disponer de vn quinto respeto de los estraños, y de vn tercio respeto de los hijos, l. 28. Tauri, l. 12. tit. 6. lib. 5. Recop. y el Capitan Pedro de Arriola, que hizo mejora en don Sebastian de tercio y quinto,

mal

mal pudo donar a San Iuan los gastos de la guerra, y a don Sebastian los de las curas, siendo en tanta cantidad, Angul. in d.l.12. Recopil.gl.1.n.26. y en terminos de auer mejorado a vno de los hijos como en el nuestro, dizen claramente Matienç. in d.l. 12.gl.3. n. 2. & 3. y Iuan Gutierr. lib.2.q.68. que las donaciones hechas a los hijos, aunque sean en muy corta cantidad han de ser por cuẽta de lo que han de auer, y generalmente sin distinguir si auia mejorado o no, dixo lo mismo Tello Fernãdez en la ley 28. de Toro, n.4. cuya opiniõ conoce ser verdadera en punto de derecho Iuan Gutierr. d.q. 68. nu.1. mas le da solamẽte lugar, en caso que aya hijo mejorado, aunque sean los gastos cortissimos: de que concluyremos, que siendo en gran cãtidad los gastos de San Iuan, y los demas, y estando don Sebastiã mejorado, con mayor razõ digamos auer de lleuar, y recebir a su cuẽta cada vno los suyos, por no incurrir en absurdo de que el padre pueda disponer de mas del tercio y quinto.

139 ¶ Y constando del pleyto auerlos auido, se han de mandar poner a sus cuentas, y a la de D. Gabriela 600. ducados de las propinas, ajuares, propio, y del Conuento, y demas gastos, fuera de los 800. ducados de la dote, que todos se han de tener por verificados, no siendo de entender de vn Cauallero como era Pedro de Arriola, de su caudal, nobleza, oficio, y partes, auia de imbiar sus hijos a curarse, y a seruir a su Magestad, sin gastar cõ ellos la cantidad que se pide, ni que doña Gabriela entraria Mõja sin mucha obstentaciõ, assi el dia de la entrada como el de la profession; y lo contrario no es creyble, ita Mascard. concl.1055.n.22. considerando de la calidad de las personas la cãtidad del gasto, l. legitimos, de legit. tut. Montal. in l.7. tit.5. lib.4. fori, Gutierr. pract. lib.4. q.52. nu. 11. & 16. Garç. de expens. cap.13.n.16. y siendo tan conocida y notoria la de los dichos San Iuan, y don Sebastiã de Arriola, seria hazerles agrauio no imputarles por los gastos desta pretẽsion aun mas cantidad de

la

la pedida por los menores, y quãdo sobre su liquidacion aya todavia alguna duda, se ha diferir en el juramento del Capitan don Iuan Delgadillo Calderon su padre, como tienẽ pedido, y auemos prouado.

140 ¶ Y porque se vea quan poco repara don Sebastian en sus alegatos, si vno que hizo (pareciẽdole seria? que aprouechaua para que la continuacion de la compañia quedasse desvanecida) de dezir casò su padre segunda vez, sin reparar lo que desdezia semejante alegaciõ de lo politico, no siẽdo verdadera como no es, fuera cierto destruia toda esta su pretẽsion, pues los bienes de la madre en que auian sucedido sus hijos no se le adquirian a su padre pleno iure, sino solamente quanto al vsufructo, auth. de nupt. §. sed quod sanccitum est, coll. 4. y assi era pretension de poco prouecho, y si es para crecer su mejora, era tambien sin fundamẽto, pues de tales bienes passando el padre a segundas nupcias no puede mejorar, d. auth. de nuptijs, §. venient autem talia lucra, & §. quoniam infirmas, Parlad. quot. difer. 121. §. 2. nu. 8. ibi: *Illud quoq́ admonendi sumus in hac successione, quam mater binuba habuit à filio non posse facere præceptionem aliquam, seu meliorationẽ alicui ex liberis*, Matienç. in l. 3. gl. 2. tit. 1. lib. 5. Recop. n. 42. in fin. ibi: *Et non solùm non licebit secundo nubenti ea bona alienare, verũ neq́ in titulo vni ex liberis prioris matrimonij magis relinquere, nec meliorationẽ alicui facere, sed per legẽ ea lẽ bona æqualiter inter eos diuiduntur*, Ant. Gab. lib. 3. comm. opin. tit. de secũdis nupt. concl. 2. nu. 3. ibi: *Secundo amplia, vt in talibus bonis æqualiter succedant filij, nec possit vnus à matre eligi*, Mier. quæst. 54. à n. 1.

ARTICVLO XIII.

141 ¶ Auiendo casado el Capitan don Iuã Delgadillo Calderon con doña Gracia de Arriola sin auersele prometido dote siete años y medio, despues de celebrado el matrimonio le dio y entregò

el Capitan Pedro de Arriola por cuenta de legitimas 5U303.ducados;despues a 29.de Iulio de 625 estando enfermo dispuso vn memorial, y vltima voluntad ante Alonso Martinez Cauallero, Cõtador de la artilleria, y tres testigos, en que entre otras cosas dize, que si Letrados declararen que le deue pagar a su hija D. Gracia los alimentos de siete años, que tardò de darle dote desde que casô, se le paguen cõforme a su dote, y calidad, si huiere de que. Pretẽdẽ los menores auerseles de sacar precipuos, y pagar los intereses de este tiempo.

142 ¶ Lo primero que se ha supone y fundar es, que el padre està obligado a dar dote a sus hijas, y es deudor por disposicion de la ley, l. qui liberos. 19 aliàs l. capite, de rit. nupt. l. profectitia. 5. §. si filiusfamilias dotem, & §. si pater, el tercero, & §. Papinianus, de iur. dot. l. obligamur. 51. verb. *Lege*, vbi gl. de oblig. & act. l. si filiusfam. ad Maced. l. fi. C. de dot. promiss. l. 8. l. 9. tit. 11. p. 4. l. 5. tit. 1. p. 5. Socin. reg. 281. Nouel. 6. p. priuil. 15. D. Ioan. de Balboa, ad tit. de libell. oblatio. 1. p. num. 114. Per. Barbos. in l. 1. 4. p. ex nu. 1. solut. mat. D. Pich. inst. lib. 4. tit. 3. §. 5. à n. 39. & tit. 6. § 20. art. 3. n. 23. Corrasius, in d. l. qui liberos, n. 1. de rit. nupt. & lib. singul. epistolic. quęst. y lo està en ambos fueros, assi en el contencioso, como en el de la alma, decis. Rotę Bonon. 29. apud Cæsar Barc.

143 ¶ Y aunque es cierto, y opinion assentada, que se puede obligar a ello iure actionis, pues es deudor por ley, y de las obligaciones nacen las acciones, Scaccia, de iudicijs, lib. 1. cap 50. nu. 14. Gail. lib. 1. obseruat. cap 61. GilKen in l. ædita, n. 63. C. de edẽdo, se suele dezir, q̃ se le obliga officio iudicis, dando a entender, que es corredad de entẽdimiento buscar ley, que los constituya deudores, auiendo razon natural que lo dicte, Aluar. Velasc. in axiom. iur. lit. L. n. 9. & lit. R. n. 26. 27. & 28. y assi que esta obligacion no tenga su principio, tanto de la razon ciuil, como de la natural, que nace con los mismos hombres, adonde entiendo pertenece el

el que muchas vezes la prometen, obligãdose por diuersos titulos a lo mismo que deuen, D. Pich. lib. 3 inst. tit. 20. §. si scriptum. 17 n. 23. y por no parecer rehusauan paga de cosa tan justa; y aun las madres, in l. si dotare. 12. C. ad S. C. Velleia. no se valen ni pueden fauorecer del Veleyano.

144 ¶ En esta razon natural tiene su fundamento Bart. in l. fin. n. 7. de ijs quib. vt indig. Alex. in l. 1. n. 18. solut. mat. Bald. in l. neq; mater, nu. 1. C. de iur. dot. D. D. D. Melch. de Valencia, de lib. & posth. tract. 2. c. 1. Ant. Gom. ad l. 9. Taur. n. 44. Boer. decis. 117. n. 11. Dueñas, reg. 367. y muchos de los modernos, que lleuan, que los padres deuen dotar aun las hijas espurias; pues en verdad no dexan de serlo, aunque no se consideren ni como naturales, auth. ex complexu, C. de incest. nupt. porq̃ la razõ dicta ser justo sustẽtar los hijos qualesquiera que sean, c. cum haberet, de eo qui duxit in matri. pulcherrimè Ant. Capic. decis. 165. de tal suerte, q̃ si se hallasse ley, que expressamente lo prohibiesse, no la deuieramos guardar, text. in cap. erit autem lex, distinct. 4.

145 ¶ Y deste principio viene lo que dixo Pinelo, in l. 1. 3. p. n. 101. C. de bon. mat. que el padre deuia dotarlas, en caso q̃ fuesse muy pobre, de los bienes aduenticios, y que huuiessen adquirido los hijos varones; porque quien avrà que no se compadezca de las mugeres, l. assiduis, ad med. C. qui pot. in pig.

146 ¶ Y el deuerse naturalmẽte la dote, se ha de entẽder en las hijas, que estan fuera del poderio paternal: mas a las que estã debaxo de la potestad de sus padres, no solo natural, sino ciuilmẽte se les deue, bellissimè Hugo Donel. lib. 12. comm. c. 4. y se le da accion al padre de cobrarla disuelto el matrimonio, in l. 2. §. 1. solut. mat. l. & hæredi, §. filiafamilias, de pact. por lo que le importa, no sea que perdiendose se le obligue a dar segunda; siendo su oficio dotar, l. dotem. 6. C. de coll. bonor. d. l. 19. de rit. nupt. l. 1. §. cum dos, de coll. dot. l. 2. §. de illis, de coll.

coll.bon.l. ea demum.6.C.de coll.Gratia.discept. 2.tom.cap.362.n.15.& cap.466.à n. 2. glos.verb. *Dos*,in l.2.§.quid si in patris,solut.mat. Crot. ibidem nu 37. Constantinus Roger.in tract.de dote, cap.3.n.7.Baldus de Bartulinis,in l.1.n.137.solut. mat. De que concluyremos deuersele dote a doña Gracia de Arriola por ambos derechos.

147 ¶ His suppositis,digo deuerse las vsuras, o alimentos de dote retardada aunque no sea prometida,y del tiempo que ya passò quando el padre es el deudor de la dote, si el marido ha sustentado las cargas del matrimonio, porque la promesa solo se requiere en el estraño dotante, que es deudor por su gusto,no en el padre, que es forçoso, docet Mar. Giurb.decis.72.num. 13. vbi cum in principio,*Vinum interesse rectè petere etiam pro mobilibus, & iocalibus*,dixisset,ex sententiaq; Baldi,*Verùm esse si tria concurrent dotis nempè promissio,matrimonij contractio, & onerum substentatio*, retulisset anectit: *Sed hoc Baldi dictum intelligendum putò in dotante voluntario,sicut est extraneus,qui nec aliter, quã sua promissione obligatur, vulgari regula, at in necessario dotante, duo hæc posteriora satis esse censeo,quia nulla promissa dote ad eam tenetur cum legitimo suo interesse à die, quo matrimonij onera substinuit maritus.* Y estos alimentos, o vsuras se deuen cessante mora, y aunque dando dote se libra el padre de los alimentos, no quando no la da, con que el marido dando a su muger alimentos, no auiendo recebido nada, haze lo que el padre estaua obligado, y assi con razon deue cobrarlo, eleganter Surd.cons.269. num. 3. ibi: *Non est gratuita vsura, sed onerosa, & debetur cessante quoq; mora.* Et n.11.*Comprobari etiã potest,quia huiusmodi vsuræ conceduntur marito ratione alimentorum, quæ ipse præstat vxori: nam pater tenetur filiam dotare, & alere,l.qui liberos,de ritu nupt.l.fin.C.de dot. promis. l. si quis à liberis, ff. de lib. agnosc. & licet per dotationem eximatur ab onere alendi, tamen si dotes non soluit non liberatur ab alimentis: maritus autem,qui vxorem alit,dicitur patrem releuare ab onere, quod ei à lege erat iniũctum decens ergo*

est,

est, quod pater vsuras soluat marito loco alimentorũ, quod præstare tenebatur, & infra, *tamen in casu nostro, quia res est cum patre, caret dubitatione, datur enim marito contra patrem actio negotiorum gestorum ad petendum vsuras.*

148 ¶ Y mas claramente este mismo Autor, de alimentis, tit. 1. q. 42. n. 16. ibi: *Intelligo decisionẽ restringendam esse ad socerum, eius vè hæredes, aut alios, qui de iure nuptam alere tenebantur: hi enim etiam nulla data mora tenentur alimenta soluere, quia maritus præstando alimenta facit, quod illi facere tenebãtur, & eorum negotium vtiliter gerit propterea ab eis repetit in quorum onus, & vtilitatem maritus vxori præstitit alimenta, arg. l. quod in vxorem, C. de neg. gest.*

149 ¶ Y esto corre mas viuo en la pretensiõ de los menores, pues del tiempo que piden los alimentos de su madre era el mismo en que su abuelo estaua alimentando en su casa a don Sebastian de Arriola, y a no correr mas justicia que la igualdad entre hermanos se les deuen mandar dar.

150 ¶ Fuera de que se deuen vsuras desde el dia que el marido tuuo a su cargo los gastos que siguen al casamiento, por estar la dote dedicada a ellos, cap. salubriter, de vsuris, l. insulam. 42. §. vsuras, l. vlt. ff. solut. mat. Hugo Donel. comm. lib. 14. cap. 4. y esta es la causa de coartar el pacto, o concierto de no pedir dote, in l. 11. de pact. dot. *Ne diuersa sententia fructus dotis ab oneribus matrimonij separet*, l. dotis. 7. l. plerumque. 10. §. si serui, de iur. dot. l. vn. §. cumque, C. de rei vxor. act. de donde nace no poderse cobrar del marido la dote durante el matrimonio, l. filiæ, C. solut. matr. porque si duran los gastos para que se introduxo, l. pater. 76. de iur. dot. como se ha de cobrar antes que ellos se acabẽ?

151 ¶ Y se prueua, de que segun la ley 2. vbi Gottoph. C. de priuil. fisc. y la l. 33. tit. 13. par. 5. la muger, y el fisco son igualmente priuilegiados, y aũ la muger lo era mas, ex l. assiduis. 12. C. qui pot. in pig. Donel. & Fulgos. ad hanc legem, n. 2. y al fisco se deuen vsuras luego que a el deudor se le cumplio el plazo de la paga, aũque acerca dello no aya

auido trato de pagarlas, l. cũ quidã. 17. §. fiscus. 5. de vsuris, Donel. ad l. quamuis. 3. nu. 6. C. de vsuris, luego tambiẽ el deudor de la muger le deuerà vsuras no teniendo plazo, aunque en razon de ellas no aya auido concierto, y como diximos al principio deste articulo, el padre es deudor de la dote a sus hijas: luego el padre deuerá vsuras, o alimẽtos desde el dia que no la pagare.

152 ¶ Confirmase, de que el deudor de la dote està obligado sin pacto alguno a las vsuras, y alimentos de ella, vt tenent Bart. Alex. & alij, in d. §. vsuras, d. l. insulam, solut. mat. Alex. cons. 56. col. 3. vol. 4. Ant. Capic. decis. 65. n. 4. & 5. y el padre es deudor como queda dicho: luego estarà obligado a las vsuras, y alimentos del tiempo que la retardare, sin que le demos los dos años que da para la paga la l. vlt. §. prætereà, C. de de iur. dot. por auerse de entender en el estraño, y no en el padre, vt pulchrè fuit interpretatus Hermos. in add. ad glos. 4. l. 10. n. 208. tit. 1. p. 5.

153 ¶ Y se ha de tener atencion, a que el Capitan don Iuan Delgadillo Calderon vendio, para sustentar las cargas del matrimonio con tanta ostentacion como lo hizo, muchos censos, y viñas, y adeudadose en gran cantidad, y causadas deudas, es sin duda deuer el padre alimentos passados, vt notari affirmat in l. libertis quos, § 1. de alim. leg. Afflict. decis. 10 n. 3 & 4. y casi en nuestros terminos Iuan Gutierr. allegat. 14. per totam, præcipuè n. 2. & 3. Iacob. Cancer. var. cap. 16. tit. *De alimẽtis*, num. 19 y esto aprouecha para que aya auido daño emergente, requisito que muchos buscan, D. Præses Didac. Couarr. var. lib. 3. cap. 1. n. 3. ibi: *Interesse autem damni emergentis id apello, quod creditori secutum fuerit ea ratione, quia dos soluta ab initio non est, & ob id damnũ patrimonij, & rerum passus fuerit, coactus æquidẽ sub vsuris licitis, aut annuis redditibus pecuniam quærere ad ea onera subleuãda, quæ ex dot ali pecunia possent commodè tollerari.*

154 ¶ Y es assi, que el padre es obligado a

pagar

pagar todos los gastos aun del entierro de su hija, quando no le ha dado dote, o està cōsumida la que del recibio, y solo ay recurso cōtra el marido quādo el padre *no tiene de que*, l. quod si nulla. 28. de religiol. & sumpt. fun. omnino videnda, a que mirò el Capitan Pedro de Arriola en su vltima voluntad, diziendo se pagassen a su hija doña Gracia los alimentos del tiempo que tardò en darle la dote, *si huuiere de que*, idest, si fuerit soluendo.

155 ¶ Y se ha de hazer mas reparo en la vltima volūtad, que por vn memorial dispuso el dicho Capitan Pedro de Arriola, que queda referido, y està presentado por don Sebastiā en este pleyto (cō que no puede dezir contra el, Crauet. cōs. 201. n. 6. Gratia. discept. forens. c. 502. n. 7. & c. 505. n. 2. & c. 490. n. 4. p. 3. Ceuallos, q. 696. Mascar. de prob. q. 915. Arismi. var. tit. 220. c. 50. Osasc. decis. 36. & decis. 1. n. 6. & 33. & decis. 71. n. 62. Rotta Genuen. decis. 18. Ioseph Ludou. decis. Perusina. 19.) donde dize *pagar a mi hija doña Gracia*, donde confiessa se le deue en mandar se le pague, y lo quiso corroborar de nueuo por su vltima voluntad, l. seruo legato. 69. §. si testator, de leg. 1.

156 ¶ Y la otra palabra, *pagar los alimentos*, pudiendo dezir vsuras, alimentos dixo, cosa deuida por naturaleza, y derecho, que se halla en los brutos, con que no admite duda deuerse quando se dexan por via de alimentos passados, l. quæsitum. 43. de vsufruct. l. libertis quos, 18. §. manumissis, ibi: *Quæsitum est an post mortem filiæ à nouissimo hærede petere possint, & tàm præteriti tēporis, quàm futuri, id quod cibariorum nomine, & vestiarij relictum est. Respondi si conditio extitisset nihil proponi cur non possent*, l. cum vnus, 10. ibi: *Præteriti quoq; temporis alimenta reddenda sunt*, ff. de alim. legatis.

157 ¶ Y es de consideracion la pabra, *que tardè en darle la dote*, no dixo que escusè, sino tardè, denotando confessarse moroso, pues era como padre deudor, que assi como no tarda en pagar el q̄ tiene alguna excepcion cō que defenderse, l. lecta. 40.

circa

circa finem,de reb.cred.el Capitã Pedro de Arrio la,que no tenia alguna de que valerse como padre, no dando la dote tardò pagarla:y asi es lo mismo que si huuiera dicho,si Letrados declararen, q̃ los morosos deuen pagar estos alimẽtos, yo como tal mando se le den de los siete años cõforme a su dote,y calidad,deuiendose ampliar la volũtad de los que testan,como de personas cuyo fin es la liberalidad,l.in testamentis, de reg. iur.y no deuiendose reprehender la piedad del padre,l.1.§.sed si libertus.10.ff.si quid in fraud.patr.

ARTICVLO XIIII.

158 ¶ Aqui me ha parecido aduertir algunas cosas de las muchas que quedan por escriuir dignas de reparo. Y lo primero digo, que el memorial de bienes capitales que presentò don Sebastiã de Arriola, y que dize lleuò su padre al matrimonio no merece fe alguna, porque ordinariamẽte se hazen por ostentacion, cumpliendo con el adagio Español,q̃ dize,no ay casamiento pobre,&c. fuera de q̃ es vn simple papel, sin autoridad de escriuano,dia,mes,año,ni lugar de su otorgamiẽto como se requeria para q̃ prouasse,ex his quæ tradit Mascard.de probat.vol.2.concl.290.Azeued. in l.13. n.16.tit.25.lib.4.Recop.Orosc. in l. si quis ex argentaris.6.§.si initium,n.15.ff.de ædendo,D.Præses Couarr.pract.cap.20.ex n.1.Morla, in empor. iuris,1.p.tit.11.de fide instrum.q.9.n.10 principalmente en estos Reynos dõde està dezidido,ex l.54. vbi Greg.gl.3.l.111.tit.8.p.3.l. 13. tit.25.lib.4. Recop.

159 ¶ Y en los mismos terminos le faltaron otros requisitos especiales,y erã necessarios, pues la forma de hazer este memorial era al tiempo de celebrar el matrimonio,presente D. Mariana Enriquez,si era mayor de veinte y cinco años,o su curador, o padre legitimo administrador,si era menor,y que ella confessasse auerse hallado presente,

y ser

50

y ser cierto, y verdadero, delante del numero bastante de testigos, y escriuano, que diesse fe, vt tenet Palac. Rub. in rubr. de donat. inter. §. 60. in fin. Ant. Gom. in l. 57. Taur. n. 70. Matienç. in l. 1. gl. 2. n. 2. tit. 9. lib. 5. Recop. Roder. Suar. tit. de las ganancias, n. 24. vbi Valdes, verb. *Escritura publica.*

160 ¶ Y del capital justo de los bienes del Capitan Pedro de Arriola, no gouernado por este memorial, se ha de baxar lo que pagò a doña Gabriela Ferrer su madrastra en cantidad de 1. q. 80U. mrs, q̄ montan los que le pagò durante su vida, y la cuẽta es llana, y la obligacion consta por instrumẽto publico, y el auerlos cobrado por la clausula de su testamento, poder que dio a Luys de Aleman, declaracion de Pedro de Arriola de no restarsele mas que desde 1. de Enero hasta 28. de Febrero, q̄ murio doña Gabriela, y del poder q̄ para cobrar la resta dio como su albacea a Rodrigo de Santaren Ovãdo, con que es prouança notoria, constãdo por instrumentos publicos, l. cum precibus, C. de prob. cap. cum olim, in fine, de censibus, Roland. à Vall. cõs. 40. Cephal. cons. 247. nu. 1. volu. 2. Octauian. Cacheran. ab Osasc. decis. Pedemontana. 74. n. 4. & cons. 1. n. 81. Arismin. var. tit. 217. Marian. Soci. iun. cons. 1. n. 49. vol. 1. & cons. 18. n. 1. Silva, respõsorum, lib. 1. respõs. 3. n. 94. Burgos de Paz, cons. 3. n. 86. & cons. 39. n. 5.

161 ¶ Y se deuen dar a los menores los frutos de la legitima de su madre desde el dia q̄ se velò con el Capitan don Iuan Delgadillo Calderõ su padre hasta en el q̄ se le dio la dote, pues estos nulla etiã mora præcedente debẽtur, Cæsar Barc. decis. 102. num. 31. Giurba, decis. 65. n. 5. 6 & 18. vbi plures.

162 ¶ Y se deue mandar amparar a los menores en la possessiõ que de los bienes de sus abuelos tienen tomada, como expressamẽte en nuestros terminos, tradit Ioan. Parlad. 2. quot. c. 5. nu. 24. Magon. decis. Lucẽs. 114. y se prueua de la ley 3. tit. 13. lib. 4. Recopil. l. fin. C. de ædicto Diui Adr. toll. ni obsta el alegar han recibido mas de lo q̄ les toca,

porque

porque como consta de todo lo dicho es incierto, y quando no lo fuera, ni que don Sebastian vuiesse recebido en la emancipacion, y en otras ocasiones cantidades q̄ han de ser a su cuenta, esso pertenece ad iudicia ordinaria familiæ erciscundę, y juyzio diuisorio donde lo podia pedir, y a que estan apercebidos, l. 1. §. 1. l. fi. C. de coll. bon. l. 1. de coll. dot. l. vt libertis. 17. C. de coll. ni se deue admitir, ni hazer caso desta excepcion, no siẽdo liquida ni cierta, ni pudiẽdo verificarse hasta el juyzio diuisorio, con que queda cōstituyda en linea de aquellas, quæ requirunt altiorem indaginem, ita Bald. in l. nam & postea. 9. de iur. iur. Bart. & Alex. in l. si se. 4. §. condemnatum, de re iudicata.

163 ¶ Y tales excepciones no se han de admitir en los juyzios de possessiō, l. in hac actione. 3. §. ibidem. 13. ad exhibend. l. ille à quo. 13. §. si de testamento. 2. & § quid ergo. 3. ad Trebell. l. si libertinus. 4. de collus. detegend. l. si quis pecunias. 11. vbi Bart. C. depositi, l. fin. C. de ordi. cogn. l. ordinarij. 13. C. de rei vindicat. l. compensationes. 14. C. de compensat. Molina, Paz, Mieres, relati à Hermos. in add. gl. 2. l. 7. tit. 4. p. 5. n. 16. Vigli. ad l. fi. à n. 22. C. de ædict. Diui Adr. toll. Donell. ad eandē, Osual. lib. 24. comm. Donel. c. 5. lit. D. Curt. iun. cōs. 163. Alciat. in § nihil commune, l. naturaliter. 12. n. 7. de acq. poss. qui iudicium possessorium summarissimum appellat, & Ant. Gom. ad l. 45. Tau. n. 145.

164 ¶ Y se ve claramẽte de la misma palabra, *possession*, que se llama, *momentanea*, Pich. in manud. ad prax. p. 4. præcepto. 12. n. 2. q̄ se dize, *a momẽto*, que quiere significar vn breuissimo espacio de tiẽpo, l. 1. §. quod autem, de aqua quot. & æst. l. si seruus. 2. de custod. reor. l. 3. § minorem, de minor. l. si quis ita. 8. de condit. & demonstr. porque la causa de possession (como elegantemente interpreta refutadas otras opiniones el Dotor Iuan de Balboa Mogrobejo, ad text. in c. 1. de caus. posses. n. 10.) se ha de concluyr breuissima y sumariamente sin admitir excepciones, cōpensaciones, ni apelaciones

(& vt ille ait) *Omniq; pœnitus cunctatione reiecta*; l. si res. 7. ff. de appel. recip. l. quisquis. 6. C. quorũ appel. non recip. l. vn. C. si de moment. poss. fuer. appell. d. l. compensationes. 14. ad fin. C. de compens. l. momẽtariȩ. 8. C. vnde vi, l. 1. C. si per vim, vel alio modo, l. 22. de appel. non recipiẽd. in C. Theodos. c. fin. de ord. cogn. de dõde queda justificado auerse demãdar amparar a los dichos menores en la possessiõ dȩ los bienes de su abuelo, nam vt inquit Donel. lib. 28. comment. cap. 6. *Quid, enim, æquius quam id statim concedi, quod petenti prodest denegantis aduersario nihil nocet.*

165 ¶ Y assimismo se les ha de dar possession, y amparo de las casas acessorias, y almacen de sal, siendo, y deuiẽdo ser bienes partibles, q̃ se prueua, de que todo aquello que al hijo le viene de la hazienda de su padre, se deue conferir con los demas hermanos, vt latè tradit Matienç. in l. 3. gl. 1. tit. 8. n. 4. lib. 5. Recop. y estas casas y almacen de sal no tiene duda fueron compradas, y labradas con el dinero del Capitan Pedro de Arriola, nõ auiendo passado entre el dia de la emancipacion de don Sebastian hasta el de la compra de los solares y labor mas de dos años y tres meses, todos los quales viuio a expensas de su padre sin tener gages de su Magestad, sueldo, ni algunas herencias: sino solo lo q̃ se aprouechaua de los bienes paternales, y en la breuedad del tiempo aun quando vuiera tenido algunas aueriass se auian de entender las dichas casas, y almacẽ de sal hazienda del dicho Pedro de Arriola, no pudiendose presumir don Sebastian con tantas cosas como pretende auer adquirido en tan breue tiempo ser rico por si, sino por la casa de su padre, Petri Surd. decis. 15. n. 10. & 27. Paris. lib. 1. cons. 80. nu. 12. 22. 23. Mascard. concl. 53. & cõcl. 612. à n. 18. y auiendo tan fuertes conjeturas en contrario, se ha de entender ser comunes a todos los herederos las dichas casas, y almacen, vt tradit Surd. d. decis. 15. n. 26. y auerlas de conferir, o recebir en cuenta de su legitima para igualarse con los demas hermanos,

nos, como bienes que fueron del dicho Capitã Pedro de Arriola, que teniendo rentas, sueldos de su Magestad, y salarios de muchas comissiones no comprô bienes algunos, antes vẽdio muchos rayzes, de que se ve aver cõuertido en su vtil estos efetos don Sebastian cõ la mano que en su casa tenia.

166 ¶ Tambien digo deuerseles dar a los menores los entretantos, o litis expensas que pidẽ, pues se les deuen, ex laté traditis à Molina, de primog. lib. 2. c. 16. vbi Additionatores à n. 29. vsq; ad 38. Petro Benintẽdi, concl. 89. post decis. Tholosanas, longo calamo, & pluribus congestis D. D. Ioan. del Castill. lib. 3. contr. cap. 27. per totum, Ceuall. q. 757. à n. 117. y aunque requiere prouança de pobreza no necessitan de ella siendo personas de calidad, y que no tienen mas de la herencia de su madre, y esta no la tienen pues litigan por cõseguirla, y lo que recibio su madre en dote fueron 5U. ducados en vn juro, y de ellos su Magestad se sirue de la mayor parte de la renta cada año, con q̃ en quãto a esto queda a arbitrio de los señores Iuezes, en quien lo comete el señor Castillo, vbi sup. præcipuè à n. 5. cũ seq. fuera de que en accion Real dõde los bienes propios se hallã ocupados por otro, no es necessario que conste de pobreza: y en quãto a estos entretantos, y los demas articulos, q̃ fueren sui natura preuios, se hãn de mandar despachar sin embargo, porque si sobre ellos se admite suplica para la reuista, vendrià a ser entonces superflua su determinacion.

167 ¶ De todo lo dicho en estos discursos queda clara la justicia de los dichos menores, como de ella esperamos el sucesso, l. 2. ff. de his qui sunt sui, l. Attilicinus, de seruit. rusticorum præd. Salva in omnibus, &c.

B. Don Pedro Delgadillo
Arriola.